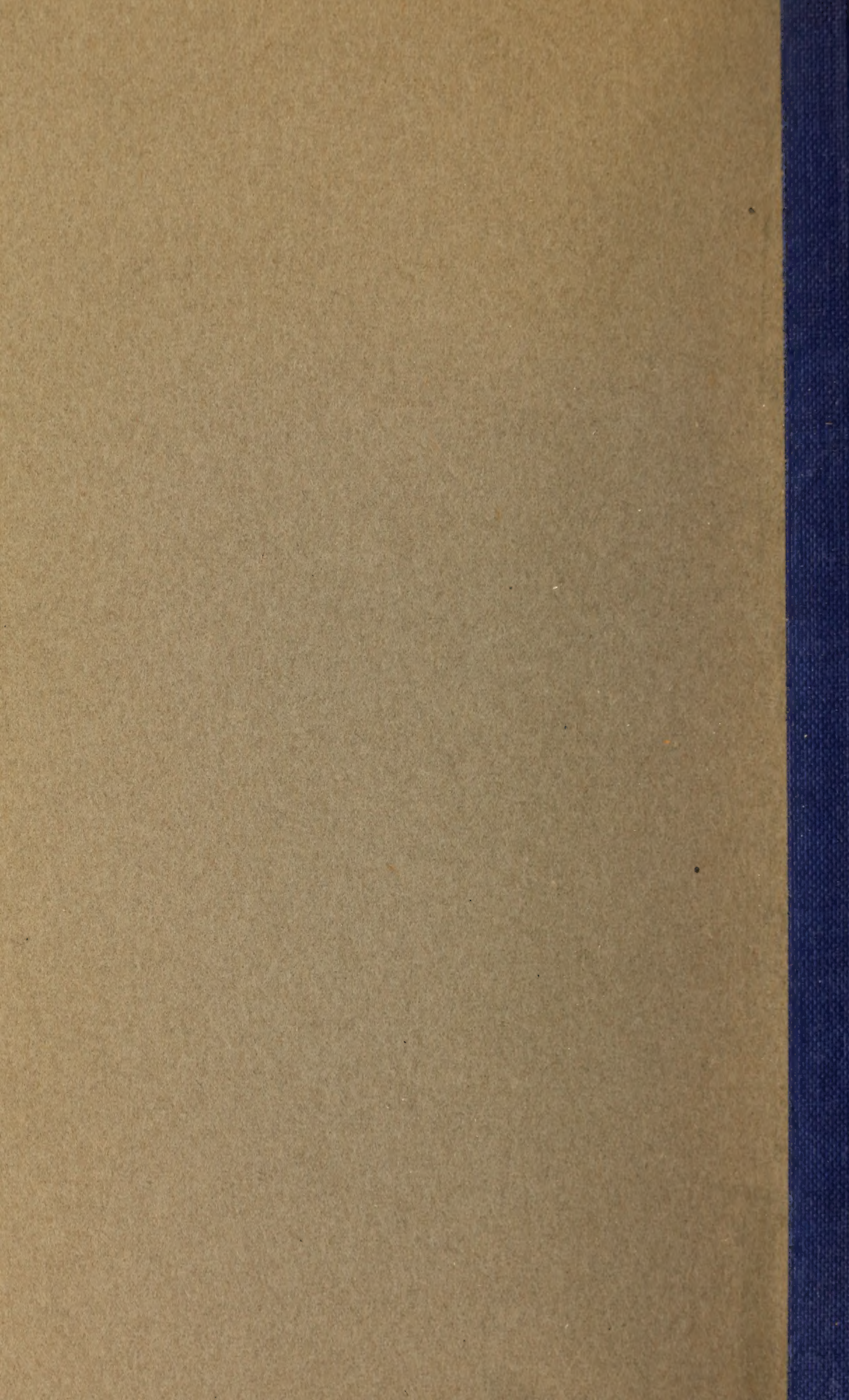


Erich Damerow

Das furtum possessionis im

römischen und heutigen Recht.



Das furtum possessionis im römischen und heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

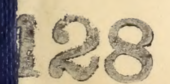
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Erich Damerow
aus Glinke
Referendar am Königl. Landgericht in Bromberg.

Approbiert am 20. Oktober 1911.

Bromberg.
Gruenauersche Buchdruckerei Richard Krahl.
1912.



Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Mutter

und

meiner lieben Braut

zugeeignet.

Litteraturverzeichnis.

Bachem, Der Unterschied zwischen dem furtum des römischen Rechts und dem Diebstahl. Inaug.-Dissert. Köln 1880.
Bekker, Recht des Besitzes. Leipzig 1880.
Birnbaum, Beiträge zum römischen Begriff vom furtum. Arch. d. Kriminalrechts N. F. Halle. Jahrgang 1843.
Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Condiktionen. Arch f. zivil. Pr. Bd. 78, S. 422—460. Bd. 79, S. 206—223.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1882.
Bruns, Recht des Besitzes. Tübingen 1848.
Bruns, Besitzklagen. Weimar 1874.
v. Buchholtz, Juristische Abhandlungen. Abh. 26. Königsberg 1833.
Ceci, Le Etimologie dei Giureconsulti Romani. Torino 1892.
Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. Berlin 1894.
Dernburg, Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1864.
Dollmann, Entwendung n. d. Quellen d. gem. Rechts. Kempten 1834.
Ferrini, Appunti sulla teoria del furto in dir. rom. ne'suoi rapporti colla teoria del possesso in Reale Istituto Lombardo di Scienz. e Lett. Rendiconti. Serie II. vol. XXII. Milano-Napoli-Pisa 1889. p. 388—413 u. p. 452—464.
Ferrini, Ders. Aufsatz in erweiterter Form in Archivio Giuridico. vol. XLVII Pisa 1891. p. 423—471.
Ferrini, La Leggittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae in Rivista Italiana p. l. Scienze Giur. vol. XII. Roma 1891.
Girard, Manuel élémentaire de Droit Romain. Paris 1906.
Huber, Unterschlagung. Schw. Hall. 1875.
Hückel, Über die Dreiteilung furtum rei ipsius, furtum usus, furtum possessionis. Inaug.-Dissert. Tübingen 1886.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.
Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 2. Aufl. Leipzig 1903.
Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Teil. Nordhausen 1806.
Köstlin (= Geßler), Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858.
Kuntze, Exkurse über das römische Recht. Leipzig 1880.
Marezoll, Bemerkungen Nr. VI im Arch. f. zivil. Pr. Bd. 8.
Maynz, Cours de Droit Romain. Bruxelles 1877.
Mommsen, Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.
Pampaloni, Furto di possesso e furto di uso in Studi Senesi. vol. X Torino 1893. p. 77—123. vol. XI Torino 1894. p. 145—175.

Rein, Kriminalrecht der Römer. Leipzig 1844.
Roßhirt, Über den Begriff des röm. furtum im N. Arch. des Kriminalrechts. Bd. 3. Halle 1820.
Schirmer, Zur Lehre v. furtum in d. Zeitschr. d. Savig. Stift. f. Rechtsg. Rom. Abt. Bd. 5. Weimar 1884.
Schöman, Fragmente aus s. zivil. u. kriminalist. Vorlesungen. Jena 1814.
Sohm, Institutionen. 10. Aufl. Leipzig 1901.
Ubbelohde, Besitzschutz durch andere Rechtsbehelfe als Interdikte in Glück, Erläut. d. Pandekt. Buch 43 u. 44. Teil 5. Erlangen 1896. S. 651—661.
Ullmann, Über den dolus beim Diebstahl. Mannheim 1870.
Unterholzner (= Schirmer), Verjährungslehre. 1. Bd. Leipzig 1858.
Vangerow, Lehrb. d. Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1865.
Voigt, Condictiones ob Causam. Leipzig 1862.
Voigt, XII Tafeln. Leipzig 1883.
Voigt, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1892—1902.
Wächter, Lehrb. d. röm.-teutsch. Strafr. 2. Teil. Stuttgart 1826.
Wächter, Artikel „Diebstahl" in Weiskes Rechtslexikon. Bd. 3. Leipzig 1839.
Windscheid (= Kipp), Lehrb. d. Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Woeniger, Principien d. Just. R. v. furtum. Berlin 1838.

NB. Einige andere, für das Thema weniger bedeutungsvolle Schriften sind in den Anmerkungen zitiert.

Inhaltsangabe.



I. Einleitung.

Die Dreiteilung des furtum und ihre Berechtigung.

§ 1.

In den sogenannten libri terribiles bildet den Ausgangspunkt des Titels „de furtis“ das bekannte und vielbesprochene Digestenfragment des Juristen Julius Paulus lib. 39 ad Edictum:

Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. (fr. 1,3 Dig. 47,2.)

Die knappe Form dieses Satzes führte dazu, mannigfache Zweifel hineinzulegen und ließ den Sinn der Worte problematisch erscheinen. Obgleich niemand die Bedeutung des furtum im allgemeinen in Frage stellt, so sind dagegen die Singularitäten dieser Lehre Gegenstand weitgehender Kontroversen. Man streitet um durchaus unklare und verschwommene Begriffe. Insbesondere gilt dies für das furtum possessionis. Es gab — und gibt — Schriftsteller, welche die einstige Existenz desselben im römischen Recht leugnen. Wiederum andere treten mit Überzeugung dafür ein, und, wie üblich, findet sich eine dritte Gruppe von Juristen, welche zu dem Streit eine vermittelnde Stellung einnimmt. Erstere können zwar das furtum possessionis durch keinen stichhaltigen Beweis aus den Quellen entfernen, glauben aber ihm eine andere Bezeichnung geben zu müssen. Den Anstoß hierzu mag Dollmann[1]) gegeben haben, dessen Bemerkung andere dazu geführt hat, die Bezeichnung furtum possessionis durch ein furtum pignoris oder gar furtum iuris pignoris zu ersetzen. Daß hiermit indirekt das Vorhandensein des furtum possessionis im römischen Recht zugestanden wird, braucht nicht näher dargelegt zu werden.

[1]) Dollmann S. 4. 9.

Es genügt, daß es vorhanden ist; welche Bezeichnung man gut heißen will, ist unerheblich. Nun wäre es zwecklos und ergäbe ein rein negatives Resultat, wenn hier die überaus lange Reihe der Meinungen über das furtum possessionis von den Glossatoren an bis auf die jüngste Zeit hinab gewürdigt werden würde. Hiermit soll nicht gesagt sein, daß jene Schriften für die Wertung des furtum possessionis ohne jede Bedeutung sind. Im Gegenteil! Man berücksichtige nur, daß ein zeitlich späterer Schriftsteller natürlich und notwendig die Ansichten seiner Vorgänger beachtet und darauf wissenschaftlich weiterbaut oder es wenigstens versucht. Um so eher kann hier auf eine Zusammenstellung der bisherigen Erörterungen verzichtet werden, als Hückel[1]) und auch Pampaloni[2]) jeder für sich den Versuch unternommen haben, eine litterarhistorische Übersicht zugeben. Endlich kann das Außerachtlassen früherer Autoren damit gerechtfertigt werden, daß in den großen grundlegenden Werken, in Mommsens „Römischem Strafrecht" und in Karlowas „Römischer Rechtsgeschichte" jeder irgendwie brauchbare Gedanke Verwendung gefunden hat. Hiervon ausgehend — zu berücksichtigen wären noch Schirmers Aufsatz in der Savigny Zeitschrift f. Rechtsgesch. (Bd. XVIII Romanist. Abt.) und Pampalonis Abhandlung in Studi Senesi vol. X und vol. XI[3]) — hat eine neuere Durchdenkung des römischen furtum possessionis zu beginnen. Wenn trotzdem in dieser Schrift ältere Autoren angeführt werden, so widerspricht das nicht dem soeben Gesagten: es geschieht vielmehr nur zu dem Zweck, die Gedanken des Textes durch schon früher ausgesprochene und treffende Argumente zu unterstützen.

Eine eingehende Erörterung des furtum possessionis erfordert notwendig die vorherige Stellungnahme zu dem ganzen Digestenfragment des Paulus. Damit betreten wir den entgegengesetzten Weg, welchen Pampaloni[4]) zu gehen vermieden hat. Aus den verstreuten Einzelfällen konstruiert er das einheitliche Bild des furtum possessionis, da nach seiner Meinung die Worte

[1]) Hückel S. 37—45.

[2]) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 167—175. Während dieser die neuere Litteratur bespricht, kritisiert Hückel auch noch die Meinungen älterer Schriftsteller. Vgl. noch Lenz, strafr. Schutz d. Pfandr. Stuttgart 1893. S. 13 Anm. 2. Auch Rein S. 293 Anm.

[3]) In gewisser Hinsicht auch Ferrinis Aufsatz im Arch. giur. XLVII p. 423 ff.

[4]) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 172.

„vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve“ nicht von Paulus herrühren, vielmehr für eine Einschiebung später lebender Juristen zu halten sind. Das wurde bisher nicht bezweifelt[1]) und die Gründe, welche Pampaloni für seine Behauptung heranzieht, scheinen nicht durchschlagend zu sein.

Wenn diese Worte: vel ipsius rei — possessionisve nur einmal — außer in der Abschrift § 1 Inst. IV, 1 — in den römischen Quellen zu finden sind, so kann aus dieser Tatsache allein keineswegs der Schluß auf eine Interpolation gezogen werden. Diese Argumentation Pampalonis ist nicht juristisch, sie entbehrt der inneren ratio. Das gilt in gleicher Weise für seine zweite Beweisstütze, daß nämlich der Ausdruck: vel ipsius rei — possessionisve nur ein Zusatz oder eine Erklärung des vorhergehenden ist. Letzterem kann mit Pampalonis eigenen Worten begegnet werden: wenige Seiten vorher spricht er von einer „Definition“ des furtum[2]). Dabei ist wohl zu beachten, daß es sich um die „Definition“ eines Juristen handelt. Zu dieser gehört — wie bekannt — außer der Umschreibung des Objekts und der Wahl eines treffenden Ausdrucks noch eine kurzgefaßte Charakteristik zur Erleichterung des Verständnisses der einzelnen Arten[3]). Daher kann man in den beigefügten Worten des Paulus unmöglich etwas juristisch Unerhebliches sehen. Dies gegen Pampaloni. Vorweg sei bemerkt, daß m. E. die allgemeine Bezeichnung „Definition“ für das Fragment des Paulus, wie sie üblicherweise gebraucht wird, unzutreffend ist.

Bestehen hinsichtlich des furtum possessionis drei Richtungen in der Litteratur, so kämpfen in noch schärferer Weise drei Auffassungen um den Vorrang in betreff der ganzen Digestenstelle des Paulus. Das Bild ist überall ein durchaus unklares.

Einmal behaupten einige Schriftsteller, man könnte sie die Verteidiger einer Theorie, welche das gesamte furtum von einem subjektiven Standpunkt aus betrachtet, nennen, die drei furta, welche Paulus aufzählt, seien in Wirklichkeit ein furtum. Und die drei Genetive „ipsius rei, usus und possessionis“ sollen deshalb von lucri faciendi gratia abhängig sein. Diese Aus-

[1]) Vgl. z. B. Lenel, Palingen. I Lipsiae 1889. p. 1046. nr. 563.
[2]) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 167 u. 172.
[3]) Vgl. Donellus: ex quibus iunctis conficitur superior definitio.

legungsweise hat scheinbar die Logik für sich. Sie findet sich schon in den Basiliken[1]) lib. LX Tit. XII de furto:

> *Κλοπὴ δέ ἐστιν ἡ ἀπάτηλὴ τοῦ πράγματος ψηλάφησις κέρδους ἕνεκα γενομένη ἐπὶ τῷ αὐτὸ το πρᾶγμα κερδᾶναί τινα, ἢ τὴν χρῆσιν, ἢ τὴν νομήν.*

bei Donellus, Comment. de iure civili. vol. 9. Norimbergae 1826. p. 245 (caput XXX § 2):

> Ergo furtum tria consistunt, ex quibus iunctis conficitur superior definitio: contrectatio rei eaque fraudulosa, et quae instituatur lucri faciendi gratia, lucri, inquam, vel rei, vel usus, vel possessionis[2]).

Ebenso äußert sich Albertus de Gandino, tract. de maleficiis, tit. de furibus et latronibus nr. 1. Venedig 1573:

> Est autem furtum fraudulenta contrectatio rei alienae mobilis corporalis, quae fit animo lucrandi invito domino s. gratia rei vel usus vel possessionis... Animo lucrandi rem vel possessionem vel usum ideo ponitur, quia si aliquis habeat animum non lucrandi, sed libidinem exercendi, non tenetur,

ferner Lauterbach, Coll. theoretico-pract. ad L Pand. libros. pars III p. 907:

> Furtum enim committitur lucri gratia et quidem interdum ut quis lucretur totam rem: vel tantum eius usum vel solam possessionem.

Und an anderer Stelle: p. 916:

> Finis est ipsum lucrum vel ipsius rei, vel usus eius possessionisve.

Dieser Argumentation haben sich in der Folgezeit angeschlossen: Birnbaum[3]), Temme[4]), Schirmer[5]), Maynz[6]) und schließlich Karlowa. Letzterer äußert sich folgendermaßen:

> Regelmäßig läßt man die letzten Genetive (rei, usus, possessionis) von contrectatio abhängen: dann wäre das

[1]) ed. Heimbach. Lipsiae 1850. tom. V p. 450 sqq: furtum autem est contrectatio rei fraudulosa lucri causa facta, puta rei ipsius lucrandae causa, vel usus, vel possessionis.
[2]) Vgl. dazu desselben Autors Worte p. 250. 251.
[3]) Birnbaum S. 18.
[4]) Temme, Lehre vom Diebstahl. Berlin 1840. S. 8.
[5]) Schirmer S. 209.
[6]) Maynz II § 269 n. 14, vgl. noch Pampaloni, Studi Sen. XI p. 169 n. 54.

erste rei hinter contrectatio ganz überflüssig und es hätte kürzer gesagt werden können: Furtum est contrectatio fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve lucri faciendi gratia. Nach der richtigen Auffassung beziehen sich aber jene letzteren Genetive, wie schon Birnbaum, Dollmann u. a. bemerkt haben, auf lucri faciendi gratia. Es handelt sich entweder um das lucrum rei ipsius oder das lucrum usus oder das lucrum possessionis.

Die Vertreter der objektiven Theorie sagen dawider: in dem Fragment des Paulus ist ausdrücklich eine Dreiteilung getroffen worden: in furtum ipsius rei — wenn eine res aliena widerrechtlich kontrektiert wird —, in furtum usus — wenn das furtum nur den unberechtigten Gebrauch der Sache bezweckt —, und schließlich in furtum possessionis —, welch letzteres die rechtlose Entziehung des Besitzes zum Inhalt hat. Diese Konstruktion stellen auf: der Brachylogus lib. III tit. 20 § 1:

> Furtum est contrectatio fraudulosa, quae fit invito domino, alienae rei, usus possessionisve.

Irnerius[1]):

> Furtum quidem est rei contrectatio fraudulosa lucri faciendi causa: vel gratia ipsius rei intercipiende vel usus intercipiende vel possessionis. res enim semper contractatur. sive propter rem sive propter usum vel possessionem intercipiendam, cum aliud nisi corpus contractari non potest.

Cujaz, observ. et emend. libri XXVIII Neapoli 1722. tom. IV c. 647:

> Furtum definitur esse interversio rei, vel usus, vel possessionis. Sed et definiamus plenius, et erit certissima et plenissima definitio, furtum est interversio rei (rei autem nomine significatur proprietas) vel usus, vel fructus, vel hypothecae alienae, sive pignoris alieni.

Brissonius, de verbor. significatione. Frankfurt 1578. lib. VI c. 244: s. v. furtum:

> Furtum est contrectatio rei alienae, vel usus eius, invito domino, lucri faciendi gratia.

[1]) Summa Codicis (von Fitting) p. 162 sqq.

Dieselbe Auffassung wurde dann vertreten von: Wächter[1], Rein[2], Köstlin[3], Huber[4], Dollmann[5], Girard[6], Mommsen[7] und Pampaloni[8]) ungeachtet seiner Annahme einer Interpolation in fr. 1,3 Dig. 47,2. Außerdem ist es jetzt die herrschende Meinung, welcher z. B. Girard mit folgenden Worten Ausdruck gibt:

De plus le droit romain admet, à côté du furtum rei, correspondant à notre vol, deux autres variétés originales, le furtum usus et le furtum possessionis.

Eine vermittelnde Hypothese versucht es, die subjektive und objektive Theorie zusammenzufassen, indem sie betont, daß die contrectatio und der animus lucri faciendi immer auf dasselbe Objekt (res, usus, possessio) gerichtet sein müssen; „denn wer sich das Eigentumsrecht einer Sache anmaßt, dessen animus lucri faciendi ist auch auf das Eigentum gerichtet, wer sich als Gebrauchsberechtigter geriert, hat die Absicht, aus dem Gebrauch der Sache Vorteil zu ziehen, entsprechend verhält es sich bei der Besitzentwendung" (so Hückel S. 8).

Vereinzelt steht die dritte Meinung da. Nämlich die, daß unsere strittige Digestenstelle nur eine Zweiteilung, d. h. in furtum rei — usus und furtum possessionis zulasse. Es ist dies eine Stellungnahme Schirmers[9], welcher Ferrini[10] beigepflichtet hat.

Nachdem diese knappe Orientierung über den Stand der bisherigen Litteratur vorangegangen ist, sollen nunmehr im folgenden die Theorien einer näheren Betrachtung unterstellt werden.

Als letzter Vertreter der subjektiven Theorie glaubt Karlowa, daß das Paulinische Fragment nur dann richtig aufgefaßt werden kann, wenn man jene drei Genetive von lucri faciendi

[1] Weiskes R. Lex. III S. 358 u. Lehrb. II S. 270.
[2] Rein S. 306 Anm.
[3] Köstlin S. 201 Anm. 6.
[4] Huber S. 1.
[5] Dollmann S. 4. Vgl. dazu unt. S. 15.
[6] Girard p. 401.
[7] Mommsen S. 736 Anm. 2.
[8] Pampaloni, Studi Sen. XI p. 175. Vgl. noch Unterholzner I S. 195 Anm. 192.
[9] zit. S. 12.
[10] Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 427. 428. Vgl. noch von demselben Autor: Furtum usus p. 6. (Pampaloni, Studi Sen. XI p. 170.)

gratia abhängen läßt. In dem animus lucri faciendi findet er das entscheidende Merkmal für eine entgültige Lösung des Problems. Dabei sei jedoch zu berücksichtigen, daß das furtum jederzeit eine contrectatio rei ist. So hatte sich schon Irnerius ausgesprochen, wenn er bemerkte: res enim semper contractatur. Insofern unterscheiden sich nach Karlowa die drei furta nicht. Das Kriterium liege einzig und allein in dem lucrum, welches bald ein lucrum rei ipsius, bald ein lucrum usus oder endlich ein lucrum possessionis sein wird. Hierzu führt Karlowa als Gewährsmann u. a. Dollmann an. Wohl mit Unrecht! Dollmann leugnet durchaus nicht die Möglichkeit einer Dreiteilung des furtum, vielmehr erkennt er ausdrücklich (S. 4)[1]: Eigentum, usus und possessio als Objekte des furtum an. Mag eine solche Interpretierung Karlowas immerhin logisch beachtenswert sein, sie führt nur zu einem haltlosen Resultat: man legt die Entscheidung, welches der furta vorliege, ausschließlich in die Willensrichtung des Täters und verschiebt damit nur die Streitfrage aus dem Objektiven ins Subjektive. Zudem muß eine solche Ansicht konsequent dazu führen, die Unterscheidung in die drei furta als juristisch irrelevant zu verwerfen. Das trifft sowohl Karlowa, wie auch Vangerow und Dollmann. Ein jeder behält gleichwohl die Einteilung bei[2]. Und Karlowa führt — was hier vornehmlich interessiert — dann näher aus, daß z. B. das furtum possessionis historisch betrachtet einer späteren Zeit zuzuschreiben ist wie das furtum rei ipsius und usus, daß es ferner der Eigentümer an seiner eigenen Sache z. B. gegenüber dem Faustpfandgläubiger begeht.

Konsequenter verfahren Maynz und Schirmer[3]. Bei ersterem lesen wir:

> De ces trois termes généralement usités chez les jurisconsultes modernes, le second (furtum usus) ne se rencontre pas dans nos sources. Les deux autres, furtum rei et furtum possessionis, s'y trouvent. En aurait tort, au reste, de baser sur cette terminologie, comme plusieurs auteurs le font, une division du furtum. Cette division serait entièrement stérile et sans aucune importance pratique.

[1]) Auch S. 6.

[2]) Entsprechendes wird auch für Donellus gelten müssen, da er beginnt: ergo furtum tria consistunt. Vgl. oben S. 12. Vangerow III S. 570—573.

[3]) Vgl. oben S. 12.

Schirmer gelangt, von der nämlichen Voraussetzung wie Karlowa ausgehend — daß die Genetive „rei ipsius — possessionisve" von lucri faciendi gratia abhängig seien und nicht von contrectatio — zu dem Schluß, wie ihn schon Manuz formulierte, daß

> die ganze Einteilung in furtum rei, usus und possessionis absolut zu verwerfen ist, da sie auf einer juristisch irrelevanten Unterscheidung beruht, die zudem nicht einmal praktisch recht durchführbar erscheint.

Im Widerspruch hiermit nimmt nun Schirmer (auf S. 210) eine Zweiteilung, wie schon erwähnt, vor. Er scheidet des Paulus Worte: einmal in ein furtum ipsius rei — den „Diebstahl der fremden Sache" — dann in ein furtum rei propriae, unter welchen Begriff nach Schirmer das furtum usus und possessionis zu subsummieren sind. Diese Formulierung geschieht auf Grund rein sprachlicher Erwägungen. Schirmer deutet seine Zweiteilung aus der Gegenüberstellung, welche der Jurist Paulus durch vel — vel etiam zum Ausdruck hat bringen wollen. Dieser Beweisversuch hat mehr stilistisches als juristisches Interesse für sich. Paulus schrieb bekanntlich ein gewandtes und reines Latein[1]), zudem ist der Gebrauch von vel — vel etiam eine gewöhnliche römische Redewendung, welche durch eine Aneinanderreihung durch et — et gewiß nicht verbessert worden wäre. Hiergegen wird man vielleicht (mit Karlowa S. 784) einwenden, daß dann der Satz des Paulus sprachlich betrachtet eine unnötige Häufung enthalte, und daß das erste rei hinter contrectatio überflüssig sei. Wie es scheint, will auch Mommsen[2]) den Wortlaut so aufgefaßt wissen, wir lesen bei ihm: furtum est contrectatio ... vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, womit zugleich eine entschiedene Parteinahme für die objektive Theorie ausgedrückt sein soll. M. E. ist nun Paulus in jenem Fragment durchaus nicht unbeholfen. Er will sagen: ein furtum wird begangen, wenn jemand eine „res" widerrechtlich kontrektiert. Soweit die allgemeine Interpretation. Dann exemplifiziert der Jurist, wie gestaltet die Anmaßung der „res" sein kann.

[1]) Zuzugeben ist, daß er sich mitunter etwas dunkel ausdrückt. S. darüber Krüger, Gesch. d. Quellen d. R. R. Leipzig 1888 S. 214.

[2]) Mommsen S. 736 Anm. 2.

Diesen Gedankenzusammenhang las schon Cujaz[1]) aus der Stelle heraus, wenn er den Inhalt mit diesen Worten wiedergibt: furtum est interversio (= contrectatio fraudulosa) rei (rei autem nomine significatur proprietas) ... Was Cujaz hier nur für das furtum rei verdeutlicht, das gilt in gleicher Weise für die beiden anderen furta. Man darf deshalb behaupten, daß Paulus mit den Worten: vel ipsius rei — possessionisve keine Selbstkorrektur — wie Schirmer meint — hat geben wollen.

Soweit bekannt, hat nur Ferrini die Idee der Zweiteilung aufgenommen und ausgestaltet. Das wurde vorgreifend schon auf S. 14 vermerkt. Ohne eingehendere Begründung zieht Ferrini das Fazit aus Paulus' Worten im folgenden[2]):

> Paolo non vuole evidentemente distinguere tre modi coordinati di contrettazione; ma solamente due „vel — vel etiam"; la contrettazione dell'uso e quella del possesso si contrappongono come specie del medesimo genere al genere della contrectatio rei.

Indem auch er in dem Begriff „lucrum" das ausschlaggebende Kriterium für das Verständnis des Digestenfragments erkennt, resümiert Ferrini[3]) so:

> Il furto è un'azione dolosa sopra una cosa a fine di lucro; tanto se essa azione cada direttamente sulla cosa medesima, quanto se invece sull'uso di essa o sul possesso.

Wenn nun Pampaloni[4]) auch Vangerow mit Schirmer in eine Reihe stellt und damit ausdrücken will, daß Vangerow die Einteilung in ein furtum rei einerseits und ein furtum usus verbunden mit dem furtum possessionis auf der anderen Seite gutheiße, so ist das nicht zu billigen. Nur dann mag man bei Vangerow von einer Zweiteilung sprechen, wenn man sich erinnert, daß er ein furtum rei und ebenso ein furtum usus an einer res aliena, das furtum possessionis dagegen nur an der sua res für möglich hält[5]).

Die Erörterung dieser — vornehmlich Schirmerschen Theorie kann nicht beschlossen werden, bevor nicht eines bedeuten-

[1]) Cujaz tom. IV c. 647. Vgl. noch Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 427.
[2]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 427—428.
[3]) Ferrini, eod. loc.
[4]) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 174.
[5]) Vangerow III S. 570.

deren, sachlichen Einwurfs Erwähnung getan ist. Schirmer[1]) behauptet nämlich, daß man das lucrum usus vom lucrum possessionis — technisch werden diese Begriffe in den Quellen nicht verwendet — schwerlich scheiden kann. Doch ist das wohl möglich. Man vergegenwärtige sich nur die Worte des Sabinus, welche uns Gellius, Noctes Atticae lib. XI. 18 überliefert hat:

Condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset.

Hier hat der Kolon zweifellos schon das lucrum usus, sein furtum bezweckt aber das lucrum possessionis. Vgl. dazu fr. 12. 18 pr. Dig. 43,16 und fr. 20 Dig. 41,2.

Die objektive Theorie stellte für die neuere Zeit Wächter in seinem Lehrbuch II S. 270 ff. und in Weiskes Rechtslexikon III S. 354 ff. auf, nachdem sie schon lange zuvor manch einen bedeutenden Verteidiger gefunden hatte. Es seien hier nur genannt: Theophilus[2]), Irnerius sowie Cujaz[3]). Nunmehr ist diese Lehrmeinung als die herrschende anzusehen. Alle namhaften, neueren Schriftsteller, wie Mommsen[4]), Windscheid[5]), Dernburg[6]), Girard[7]), Voigt[8]) haben die Dreiteilung aufgenommen. Genau genommen sind die Gegner — die Verfechter der subjektiven Lehre — zu demselben Schluß gelangt. Das gilt von Karlowa und Dolimann wie auch von Vangerow. Man darf eben bei der Erörterung jener Stelle der Digesten die sprachlichen Bedenken nicht von den sachlich-juristischen scheiden.

Wächter gibt (in seinem Lehrbuch) kurz die Einteilung des römischen furtum nach Paulus in die drei bekannten furta wieder und findet somit den objektiven Tatbestand des furtum. An anderer Stelle (in Weiskes Rechtslexikon) bezeichnet Wächter jene drei Aneignungsarten „als die Hauptrichtungen

[1]) Schirmer S. 219. Vgl. dazu Pampaloni, Studi Sen. XI p. 170.
[2]) S. dazu Mommsen S. 736 Anm. 2 und Pampaloni, Studi Sen. XI p. 167. 168.
[3]) Zu Irnerius und Cujaz vgl. das schon früher Mitgeteilte: S. 13.
[4]) Mommsen S. 736 Anm. 2.
[5]) Windscheid II S. 901.
[6]) Dernburg II S. 351.
[7]) Girard p. 403.
[8]) Voigt, R. Rgesch. II S. 967. Vgl. noch Binding, Grundriß d. Gem. Deutsch. Strafrechts. Leipzig 1897. Bd. I S. 16.

der Kontrektation". Hier wird dann eine Einteilung in furtum rei, furtum usus und furtum rei propriae oder suae (und nicht, wie früher: possessionis) befürwortet. Dazu bemerkt Wächter, daß das furtum rei suae eine mehr technisch-juristische als praktische Bedeutung bei den römischen Juristen gehabt hat. Dieser Glauben ist in der Folgezeit in mehrere andere Schriften übergegangen. Wächters Reflexion mag durch den mißverständlichen Ausdruck des Gaius III. 200: aliquando etiam suae rei quisque furtum committit veranlaßt worden sein. Gaius schwebt als Objekt des furtum nur die res aliena d. h. das Eigentum vor. Diese beschränkte Auffassung verleitet ihn dazu, das furtum der eigenen Sache nur als eine Ausnahme (aliquando!) hinzustellen. Daß die Darstellung des Gaius inkorrekt und einseitig ist, darf mit Recht behauptet werden[1]). Damit werden auch Wächters Bedenken hinfällig. Richtig ist, wie sich zeigen wird, nur seine frühere Meinung.

Trotz der scheinbaren Gegengründe ist es sprachlich wie sachlich ein Unding, jene drei Genetive von lucri (faciendi gratia) abhängig zu machen. Es gibt keine Belege dafür, daß die Römer lucrum facere alicuius rei oder lucrum possessionis als Ausdruck ihrer Sprache kannten. Rein[2]) weist darauf hin, daß, wenn man lucri faciendi causa von dem Verbum lucrifacere herleitet, man immer nur den Akkusativ (rem, usum, possessionem) danach erwarten darf und nicht den Genetiv. Und was ist die Konzentrierung des Digestenfragments auf das lucrum anderes wie eine Dreiteilung in lucrum (rei, usus und possessionis) unter dem Oberbegriff furtum!

Damit erübrigt es sich auch, auf die Polemik Schirmers gegen Wächter näher einzugehen. Schirmer bekennt selber, daß er sich früher (in Unterholzner, Verjährungslehre I S. 194 Anm. 192. 205) mehr der gegnerischen Meinung angeschlossen hatte.

Wächters (in seinem Lehrbuch) und der neueren Schriftsteller Auffassung und Gliederung des Wortlautes des Paulinischen Fragments ist die allein richtige[3]).

---

[1]) Mommsen ebenso: S. 743 Anm. 6. Anders Pampaloni, Studi Sen. XI p. 172 n. 69.

[2]) Rein S. 306 Anm. Auch v. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 358 Anm. 26. Unterholzner I S. 194 Anm. **

[3]) So auch Pampaloni, Studi Sen. XI p. 175. Binding, Grundriß I S. 16.

Erwähnung verdient, daß z. B. Mayns[1] und nach ihm Pampaloni[2]) erhebliche Bedenken gegen die einstmalige Existenz der zweiten Kategorie des furtum — gegen das furtum usus — geltend gemacht haben. Eine Berücksichtigung dieser Behauptungen findet sich selbst in den einschlägigen Schriften nicht[3]. Es muß hier dahingestellt bleiben zu untersuchen, ob der Beweis der Nichtexistenz des furtum usus erbracht ist oder nicht.

Soviel ist wenigstens unstreitig festzustellen, daß die Römer ein furtum possessionis kannten, und zwar, um mit Girard zu sprechen, als eine „variété originale" des furtum. Was sie sich unter diesem Begriff vorstellten und welchen Umfang das furtum possessionis hatte, das ist später ausführlich darzulegen.

Das furtum — und insbesondere das furtum possessionis historisch betrachtet.

§ 2.

Um zu einem befriedigenden Resultat über den Inhalt und die Bedeutung des fr. 1,3 Dig. 47,2 zu gelangen, ist es gerade hier[4] am Platze, zu untersuchen, ob unter den römischen Juristen eine Wandlung und damit eine Entwicklung des Furtumbegriffs stattgefunden hat.

Aus älterer Zeit besitzen wir keine Werke, in welchen eine rein rechtsgeschichtliche Darstellung des Entstehens und der Veränderungen innerhalb des römischen Rechts bekundet wird. Das erklärt sich daraus, daß die damaligen Juristen mehr für eine dogmatische und exegetische Behandlung des Rechtsstoffes prädestiniert waren. Eine geschichtliche Betrachtung beobachten wir immer erst dann, wenn die Zeit der schöpferischen Initiative und des Wachsens der gestaltenden Kräfte im Abnehmen begriffen ist. So finden sich denn auch verhältnismäßig spät — es sei an Gaius und Pomponius erinnert — einige historische Übersichten gelegentlich einer Untersuchung erhalten. Dieser Mangel ist gerade für die Lehre vom furtum von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Können wir aus irgendwelchen Andeutungen und Erwägungen der Juristen

[1]) S. oben zit. S. 15.

[2]) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 148. 151. 172. 174 u. bes. p. 152 n. 15 und p. 175 n. 77.

[3]) Z. B. in den Dissertationen von Brinck und Lezius.

[4]) Mommsen macht zutreffend in dem Vorwort des „Römischen Strafrecht" gerade auf die Mischung von Geschichte und Jurisprudenz im römischen Strafrecht — wenn man von einem solchen sprechen will — aufmerksam.

heraus eine sich entwickelnde Gestaltung des furtum deutlich erkennen? Ist es uns möglich, „aus dem Gewordenen selbst die Spuren des Werdens zu erschließen (Mommsen)"?

Für die Erklärung des furtum in ältester römischer Zeit gibt die Etymologie des Wortes einen Stützpunkt[1]). Sehr mit Recht nennt sie Jhering „die Hüterin der primitivsten Volksanschauungen". Das Zurückgehen auf die Worterklärung ist hier insofern berechtigt, als die römischen Juristen mit gewisser Vorliebe etymologische Reflexionen anstellten und bei Definitionen oft die Grammatik zu Rate zogen[2]). Ohne weiteres erhellt, daß — rein sprachlich betrachtet — die Wörter fur und furtum von dem Verbum ferre herzuleiten sind. Sogleich erkennt man dann die Verwandschaft mit dem gleichlautenden griechischen φέρειν, welches „tragen" bedeutet. Als Korrelat erfordert ferre gewiß eine Sache, welche man tragen kann. Weggetragen werden kann aber nur eine bewegliche Sache. Hieraus schließt nun Mommsen[3]), daß jener Begriff des furtum seine Bedeutung in einer Zeit erhalten hat, als man den Besitz des einzelnen an einer unbeweglichen Sache noch nicht kannte. Diese Argumentation kann für das Bauernvolk der Römer zutreffend sein, da sie in einer Bemerkung des Varro einen Anhalt hat: Romanorum populum a pastoribus esse ortum quis non dicit? (Lib. rer. rusticar. II. 1.9.)

Die Deutung des furtum aus ferre hat etwas Bestechendes für sich. Sie allein läßt uns erkennen, weshalb nach den XII Tafeln bei gestohlenen Sachen, welche gelegentlich einer Haussuchung aufgefunden wurden, ein furtum conceptum vorlag[4]). Aber jene grammatische Erklärung befriedigt nicht den juristischen Verstand. Deshalb sind die Römer nicht bei der Ableitung von ferre stehen geblieben. Das ersieht man aus Gellius, Noct. Attic. I. 18. 3 ff. und aus Paulus historisierendem Bericht in fr. 1 pr. Dig. 47,2. Die Zurückführung auf ferre war deshalb nicht befriedigend, weil dann z. B. die Unterschlagung nicht unter den Begriff des „furtum" gebracht werden konnte. Deshalb hatte schon M. Terentius Varro [116—27 v. Chr.[5]] die sinn-

[1]) Über ihren Wert vgl. Jhering, Geist d. röm. Rechts. 2. Aufl. Leipzig 1866 Bd. I S. 92.
[2]) Vgl. Ceci p. 56.
[3]) Mommsen S. 741.
[4]) Vgl. Pernice, Labeo. Halle 1873—1892. I S. 28.
[5]) Bruns, Fontes II p. 51. Vgl. noch Ceci p. 10. 11. 20 u. bes. 98 n. 2 Anders Voigt, R. Rgesch. I S. 244.

gemäße Erklärung der technischen Bezeichnung: „furtum“ in „furvus“ erkennen wollen. Wir dürfen der Überlieferung des Gellius Glauben schenken, wenn — Noct. Attic. I. 18. 3 ff. — erzählt wird, daß Varro behauptete „furem ex eo dictum, quod veteres Romani „furvum“ utrum appellaverint et fures per noctem, quae atra sit, facilius furentur“. Was Varro aufstellte, hat Labeo angenommen und bestätigt. Von ihm, dem „Vater der klassischen Jurisprudenz“ — wie ihn Ceci[1]) bezeichnet — wissen wir, daß er „Latinarum (que) vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur“ (Gellius, Noct. Attic. XIII. 10. 1). Wenn man auch von Labeo geradezu sagen darf, daß er „der Ausgangspunkt der klassischen Jurisprudenz“[2]) geworden ist, so ist es m. E. irrig, wenn Ceci[3]) ihm darum die Gestaltung eines neuen Furtumbegriffs zuschreiben will. Gellius sagt ausdrücklich, daß Varro — ein gleiches gilt für Labeo — die alte, ursprüngliche Worterklärung: quod veteres Romani „furvum“ appellaverint der Vergessenheit entzogen hatte. Warum gerade die von Sabinus erhaltene Begriffsbestimmung (Noct. Attic. XI. 18. 20) die ältere sein soll, beweist Ceci nicht. Seine Meinung ist mit Rücksicht auf Varro und Labeo — als ältere Zeugen — unhaltbar. Ob Varro und auch Labeo das juristische Wesen des furtum wirklich nur in dem Heimlichen und Hinterlistigen sahen[4]), kann zweifelhaft sein, da furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait. Ein nächtliches furtum (plerumque nocte) braucht kein heimliches zu sein. Ja, wir wissen sogar: ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit (Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 9). Zwischen furtum und Raub haben die Römer kaum scharf geschieden, höchstens hinsichtlich der Folgen[5]). Raptor omnimodo furtum facit, sagt Papinianus (fr. 81 [80],3 Dig. 47,2).

Für die Erklärung des furtum aus dem darin enthaltenen Heimlichen könnte man sich auf das „furtim“ in der actio arborum furtim caesarum berufen, da Paulus

[1]) Ceci p. 58.
[2]) Pernice, Labeo I S. 83.
[3]) Ceci, eod. loc.
[4]) So Pernice, Labeo I S. 28.
[5]) Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 359, auch Mommsen S. 733. 737. Anm. 6, 741 Anm. 2.

meint: furtim arborem caedit, qui clam caedit (fr. 8,1 Dig. 47,7). Wenn nur nicht Ulpianus kurz vorher schriebe[1]): et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat. So äußerte sich schon Pedius (fr. 7,1 Dig. 47,7). Läßt man das Heimliche als Charakteristikum des furtum fallen, so kann Labeos Deutung mit derjenigen des Caelius Sabinus zusammengebracht werden. Nach Paulus leitete letzterer furtum von fraus ab. Fraus bezeichnet im Römischen ein Doppeltes: Benachteiligung, Schädigung eines anderen, und im Nebensinn: Betrug oder Hinterlist[2]). Ersteres war die ursprüngliche Bedeutung von fraus, welcher in der Kaiserzeit die beiden Begriffe: Hinterlist oder Betrug gleichwertig gegenüberstanden. Beide Bedeutungen gingen dann oft durcheinander.

Daß diese Zurückführung des furtum auf fraus treffend war, beweist ein Blick auf das „fraudulosus" bei Paulus, einem Juristen der späteren Zeit[3]).

Auch die historische Betrachtung des furtum ergibt ein merkwürdiges Resultat. Es gibt Gründe für die Meinung, daß der Begriff des furtum schon in den früheren Zeiten Roms ein ziemlich weiter gewesen ist. Vorgreifend sei hinzugefügt, daß er es bis auf Justinianus' Stückwerk geblieben ist — wenn man nicht kühnlich sagen kann, daß eine Verschleierung der fest umgrenzten Begriffe in der nachlabeonischen Zeit zu bemerken ist.

Man hat, in dem Wahn der Evolution befangen, auf jede Weise aus den damals gebräuchlichen Verben eine allmähliche begriffliche Entfaltung des furtum herauslesen wollen[4]). Man brachte den historischen Entwicklungsgang mit diesen Wörtern zusammen:

[1]) Anders wieder: fr. 6 pr. Dig. 41,2, wo furtive = clam. Ebenso Modestinus in fr. 73 (72) Dig. 47,2. Wenigstens für das justinianische Recht äußert sich in gleichem Sinne Lenz, strafr. Schutz S. 18. Hierzu vgl. man C. 14 qu. 5 c. 13: furti nomine bene intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienae.

[2]) Vgl. Voigt, „Über den Bedeutungswechsel" (Abhdlg. d. Kgl. Sächs. Ges. d. Wiss. Bd. 16), S. 109. 117. Ferner Ceci p. 98 n. 2 (falsch zit. b. Pampaloni, Studi Sen. XI p. 159 n. 7): „Ma, al pari di Labeone, non dobbiamo acquietarci alla riconnessione di furtum con fero". S. auch das weitere bei ihm. Endlich noch Ferrini, Arch. giur. XLVII, p. 424 n. 2 u. unten S. 49.

[3]) So auch Mommsen S. 741 Anm. 2, welcher in „fraudulosus" keinen Gegensatz zum Raube sieht.

[4]) So u. a. Bachem. Die Bemerkung Pampalonis, Studi Sen. XI p. 169 n. 55 in Bezug auf jenen erscheint deswegen unzutreffend. — Wie im Text schon Salchow, Entwendung, Erfurt 1806 S. 2.

adtrectare, contrectare und subtrahere und damit war die Linie von Sabinus über Gaius und Paulus bis auf Tryphoninus gezogen. Doch aus den von den Juristen gebrauchten Verben läßt sich für den Juristen wenig oder gar nichts entnehmen. Es findet sich z. B. das Verbum subripere in der lex Atinia [197 v. Chr.[1])] (fr. 4,6 Dig. 41,3; vgl. auch Gellius, Noct. Att. VII. 7.1),

bei Labeo (fr. 4,7 Dig. 41,3) und (fr. 92 (91) pr. Dig. 47,2),
bei Fulcinius Priscus (fr. 13 Dig. 13,1),
bei Juventius Celsus (fr. 68 (67),1 Dig. 47,2),
bei Javolenus (fr. 75 (74) Dig. 47,2),
bei Julianus (fr. 59 (58) Dig. 47,2),
bei Pomponius (fr. 77 (76) Dig. 47,2 und fr. 9 pr. fr. 78 (77) Dig. 47,2),
bei Gaius III. 199. 200. 204,
bei Papinianus (fr. 80 (79) und fr. 81 (80),2 Dig. 47,2),
bei Paulus (fr. 4,6 u. fr. 7 Dig. 41,3),
bei Ulpianus (fr. 10 Dig. 47,2 u. fr. 22 Dig. 13,7).

Man sieht, daß subripere von den ältesten Zeiten bis zu den letzten Klassikern gebräuchlich war. Ganz ebenso verhält es sich mit adtrectare oder attrectare. Wir bemerken es

bei Sabinus (Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 20),
bei Paulus (in Sent. Rec. V. 27[2]),
bei Ulpianus (in fr. 46,7 Dig. 47,2).

Daneben — nicht erst danach[2]) — wurde contrectare verwendet. Zum Beweise können wir uns auf Africanus, einen Zeitgenossen Julians berufen: in fr. 61 (60) Dig. 47,2[3]). Angeführt wird contrectare ferner bei Gaius III. 195. Weshalb man diesem eine Neuprägung eines Wortes zuschreiben will, ist unverständlich. Weiterhin liest man contrectare

bei Paulus (fr. 6. 22 Dig. 47,2),
bei Ulpianus (fr. 46,7 Dig. 47,2).

[1]) Vgl. Voigt, R. Rgesch. I S. 175. 686.

[2]) Es ist ein Irrtum von Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 424 n. 3, wenn er attrectare nur bei Sabinus und Ulpianus findet. Dann folgt — nach Ferrini — das Verbum contrectare. Wann? nach Ulpianus? Wie Ferrini auch Schneider, Krit. Viert. J. Schrift. Bd. 36. S. 30.

[3]) Noch früher bei Celsus in fr. 15 Dig. 13,1!

Selbst die einzelnen Juristen verwendeten die Ausdrücke promiscue: so findet man bei Sabinus (nach Gellius) neben „attrectavit" auch „sustulit", welches bei Paulus in fr. 21 pr. Dig. 47,2 wiederkehrt. Bei Paulus steht neben „subripere" auch „contrectare", „auferre" (in fr. 26 pr. Dig. 47,2). Gaius setzt für „contrectare" mitunter „subripere", „subtrahere" und „amovere" (III. 195) ein.

Diese Nebeneinanderstellung genügt, um zu zeigen, daß auf diesem Wege eine folgerichtige Entwicklung des Furtumbegriffs nicht aufzudecken ist. Wir können uns völlig mit Mommsen einverstanden erklären, wenn er seine Beobachtungen in diesen Worten abschließt[1]):

> Technischen Wert hat keine dieser gebräuchlichen Bezeichnungen und es ist daher nicht erforderlich, den rechtlich gleichgültigen Nüancierungen derselben nachzugehen; um so mehr als dieselben teilweise auch von anderen Klagen gebraucht, auferre z. B. und avertere unter den Repetundenbegriff gezogen werden.

Von einer Vervollkommnung des Furtumbegriffs kann man m. E. nur hinsichtlich der Zeit bis auf Labeo — und höchstens noch Sabinus — sprechen. Diese Epoche bildet zweifellos den Höhepunkt der römischen Jurisprudenz[2]). Alle diejenigen Tatbestandsmerkmale, welche man den Juristen der späteren Kaiserzeit zuschreibt, finden sich schon viel früher: das fraudulosus des Paulus erkannten wir schon in dem furvus des Varro und Labeo wie in der „fraus" des Sabinus. Den animus lucri faciendi erwähnen Sabinus: qui alienum tacens lucri faciendi causa sustulit ... (Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 20), Pomponius (fr. 14,2 Dig. 19,5), wie auch Gaius (fr. 55 (54),1 Dig. 47,2).

Nach dem Verlauf der bisherigen Betrachtung kann man es nicht billigen, wenn Voigt[3]) von einer „neuen Definition" des Paulus berichtet, es sei denn, daß man auch in einer Reproduktion eine Produktion sehen will. Ein weiteres Gegenargument: in einem jeden Fragment, von Sabinus bis auf Tryphoninus wird von einer „res aliena" gesprochen:

[1]) Mommsen S. 735.
[2]) So auch Voigt, R. Rgesch. I S. 255.
[3]) Voigt, R. Rgesch. II S. 220. Ferner: XII Taf. II S. 555 Anm. 11.

Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 20 (= Sabinus):
qui alienam rem attrectavit,

Gaius III. 195: furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet,

Tryphoninus (fr. 225 Dig. 50,16): qui numquam alienam rem invito domino subtraxerit.

Und nun wird geltend gemacht, daß Paulus auch die eigene Sache als Objekt eines furtum behandelt hat. Von ihm ist, nach vieler Meinungen, die schöpferische Idee des furtum suae rei ausgegangen. Dieses furtum suae rei war dann das furtum possessionis. Wenn dem nur Paulus selber nicht widerspräche! In den Sent. Rec. II. 31. 1. läßt er sich folgendermaßen vernehmen:

fur est qui dolo malo alienam rem contrectat.

an einer anderen Stelle: Sent. Rec. II. 31. 21. schreibt Paulus ausdrücklich:

rei enim nostrae furtum facere non possumus.

Wie soll dieses mit jenem Digestenfragment zu vereinen sein? Man kann hier einen ähnlichen Widerspruch der eigenen Worte des Juristen aufdecken wie er zwischen fr. 1 Dig. 50,17 und fr. 153 Dig. 50,17 besteht[1]). Zu diesem sei als weiteres Beispiel Paulinischer Schwankungen fr. 20,1 und fr. 54 (53),4 Dig. 47,2 herangezogen.

Wir brauchen gar nicht soweit zu gehen und in einem vermeintlichen Widerspruch zu resignieren. Das Rätsel löst sich sehr einfach, wenn man nur annimmt, daß Paulus auch in fr. 1,3 Dig. 47,2 an nichts anderes als an eine res aliena gedacht hat. Die Lösung ist ganz ungezwungen. Die Folgerung hieraus ist die, daß das furtum possessionis des Paulus nicht identisch ist mit dem furtum rei suae.

Paulus' Fragment ist eine versuchsweise Zusammenfassung der bestehenden Arten des furtum, keine „Definition"[2]). Daß sie unvollständig ist, lesen wir bei Mommsen[3]):

da häufig auch der bloß Detentionsberechtigte die Diebstahlsklage hat und man ihm doch nicht füglich die possessio zuschreiben kann.

[1]) Das Nähere hierüber bei Ihering, Besitzwille. Jena 1889 S. 279. 284. Eine Kritik des Paulus gibt J. auf S. 274 ff. u. S. 283 Anm. 1.

[2]) Wie z. B. Ferrini, Arch. giur. XLVII. p. 426 u. Voigt, XII Taf. II S. 555 Anm. 11 annehmen.

[3]) Mommsen S. 736 Anm. 2.

Wenn immerhin Paulus einen gewissen Hang zum Systematisieren zeigt, so widerspräche die Annahme einer „Definition" zu sehr dem allgemeinen Charakter der römischen Jurisprudenz, welche kasuistisch angewandte Lehre ist und nicht gerne allgemeine Sätze gebraucht[1]). Man erinnere sich daran, was Paulus einmal sagt:

> Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. (fr. 1 Dig. 50,17).

Wenn nun Paulus nicht der Schöpfer des furtum possessionis ist — die gegenteilige Ansicht nimmt den Umstand, daß er zeitlich der Jüngste ist, als Beweismittel an! —, und wir eine konsequente Ausbildung des Furtumbegriffs nicht feststellen können, so sind wir darauf angewiesen, nachzuforschen, wann zum ersten Mal der Fall eines furtum possessionis in den Quellen berichtet wird. Daß es vorhanden ist, leugnet wohl niemand ernstlich[2]).

Man hat sich auf Gaius III. 195 und auf Paulus berufen und dann geschlossen, daß das furtum possessionis eine Bildung des späteren römischen Rechts gewesen ist. So äußert sich Girard[3]), zugleich in betreff des furtum usus:

> Ces deux catégories de vol ne nous paraissent avoir été admises par la doctrine que dans les derniers temps de la République.

So schrieb schon vor ihm Köstlin[4]). Wenn auch der Schluß, welchen Köstlin und Girard für das furtum possessionis — wie wir bald sehen werden — richtig gezogen ist, so erscheint er jedoch von ihnen aus betrachtet um so verwunderlicher, als sie sich zu diesem Zweck auf Juristen der späteren Kaiserzeit stützen, welche keinen Hinweis auf eine frühere Zeit geben.

Unbestimmt äußert sich Pampaloni[5]) über die Entstehungszeit:

> Nel mio modo di vedere, è stata la giurisprudenza romana di un'epoca relativamente recente che, in riguardo alle mutazioni della pena del furto affermatesi prima nella consuetudine e poi alla fine nell'Editto, è venuta estendendo con logica mirabile il concetto del furto, sia di cosa, sia di possesso.

---

1) Vgl. Pernice, Labeo I S. 31.
2) Vgl. Girard p. 401 u. Pampaloni, Studi Sen. XI p. 171.
3) Girard p. 403 n. 2.
4) Köstlin S. 196 Anm. 2.
5) Pampaloni, Studi Sen. XI p. 158.

Nach Hückel[1]) soll der gestaltende Gedanke des furtum possessionis von Salvius Julianus, dem Reformator des Edikts, herrühren. Seine Meinung basiert er einmal darauf, daß das furtum possessionis im Ediktkommentar des Paulus steht, ferner sollen sich die einschlägigen Quellenstellen oft auf Julianus berufen. Letzteres gilt nur für einige, nicht für die Mehrzahl der Juristen[2]). Das erste Argument enthält eine Verkennung des Wertes des Edictum perpetuum[3]): es ist keine Neuschöpfung, sondern eine Registrierung der überlieferten und längst erkannten Rechtsgedanken.

> „Das systematische Interesse der Römer ist überhaupt so gering, daß nicht füglich ein Kaiser (Hadrian) den größten Juristen seiner Zeit mit Revision des Edikts vorzugsweise der Anordnung wegen betraut haben wird. Es war vielmehr unzweifelhaft die Absicht, das zurückgebliebene Edikt nach Inhalt ebensowohl wie Form wieder auf die Höhe der Zeit zu bringen[4]).

Kuntze[5]) meint, P. Juventius Celsus müsse der Urheber des furtum possessionis gewesen sein, wie man aus fr. 25,1 Dig. 47,2 entnehmen könnte. Noch weiter zurück verlegt es Schirmer[6]). Nach ihm beschäftigt sich C. Cassius Longinus, ein Schüler des Sabinus, in fr. 4,21 Dig. 41,3 mit einem Fall des furtum possessionis.

Ferner hat man auf die Bemerkungen des Sabinus, welche Ulpianus und Gellius berichten, aufmerksam gemacht: Ulpianus libro .11 ad edict. (fr. 36 Dig. 13,7):

> Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse.

[1]) Hückel S. 46.
[2]) Vgl. weiter unten S. 39 f.—42 ff.
[3]) In betreff des Kommentars des Paulus vgl. Pernice, Labeo I S. 55.
[4]) Kipp S. 50.
[5]) Kuntze S. 564 Anm. 8.
[6]) Schirmer S. 209.

Und Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 12 (Sabinus):
condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset.

Alle diese Hypothesen sind irrig, da man den Zeitpunkt der Entstehung des furtum possessionis in die mittlere oder gar spätere Kaiserzeit verlegt. Wir finden das erste Beispiel, welches uns Pomponius überliefert hat, bei M. Antistius Labeo[1]) (in fr. 3 Dig. 13,7). Pomponius libro 18 ad Sabinum:

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur.

Werfen wir hier einen kurzen Blick auf das furtum usus, welches — obschon bestritten — noch in allgemeiner Geltung steht, so wissen wir, daß der erste Interpret desselben M. Junius Brutus ist[2]), ein Zeitgenosse des Manius Manilius und des P. Mucius Scaevola, gewesen ist. Das furtum rei kennen schon die XII Tafeln[3]).

Eine Würdigung des Vorhergehenden führt zu dem Resultat, daß die römische Furtumlehre schon gegen Ende der Republik ihren Kulminationspunkt erreicht hatte, während die Folgezeit sich mühen mußte, auf gleicher Höhe zu bleiben. Nunmehr haben auch Girards Worte[4]) ihre grundlegende Bestätigung gefunden.

---

[1]) So auch Voigt, R. Rgesch. II S. 969 Anm. 56 und Pampaloni, Studi Sen. X p. 77. Schon Servius Sulpicius Rufus unterschied nach Gaius III. 183 die genera furtorum.

[2]) Vgl. Voigt, R. Rgesch. I S. 235, II S. 968 Anm. 54.

[3]) Voigt, XII Taf. II S. 553.

[4]) Vgl. oben S. 27.

II. Thema.

Erstes Kapitel.

Das furtum possessionis in der neueren Litteratur.

§ 3.

Fragt man nach Art und Natur des römischen furtum possessionis, so geben die neueren Schriftsteller fast einstimmig zur Antwort, daß es identisch mit dem furtum suae rei sei. In diesem Sinne äußert sich z. B. Dernburg[1]:

> Unter furtum possessionis versteht man die Aneignung des bloßen Besitzes durch den Eigentümer der Sache ... So versteht die herrschende und richtige Meinung das furtum possessionis.

Dieselbe Auskunft gibt Windscheid[2]:

> Hierher gehört der Fall, wo der Eigentümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist.

Diese Annahme billigt Sohm[3]:

> Neben dem furtum rei ipsius kennt das römische Recht auch ein furtum possessionis, das furtum des Eigentümers, welcher seine eigene Sache dem dritten (?) Besitzberechtigten, z. B. dem Faustpfandgläubiger, entwendet.

Und schließlich entwickelt Girard[4] seine Auffassung dieses Rechtsinstitutes in folgender Weise: Die römische Jurisprudenz kenne wohl das furtum possessionis als:

> consistant de la part du propriétaire lui — même à enlever la chose à quelqu'un qui la possède et a intérêt à la conserver, au créancier gagiste qui a le droit de la garder jusqu'à extinction de la créance garantie, au possesseur de bonne foi qui a le droit de n'en être dépouillé que judiciairement, même, a-t-on fini par dire, aux simples détenteurs, qui ont un droit de retention pour leur impenses.

[1]) Dernburg II S. 351. u. Anm. 14.
[2]) Windscheid II S. 901 Anm. 10.
[3]) Sohm S. 398.
[4]) Girard p. 403.

In direktem Widerspruch zu diesen verteidigt Ferrini[1]) jene alte, von Theophilus herstammende und von Marezoll[2]) und v. Buchholtz[3]) angenommene Hypothese, daß das furtum possessionis nichts anders als ein Fall der Unterschlagung sei.

Nach Ferrini ist das furtum possessionis keineswegs mit dem furtum suae rei identisch, vielmehr ist das Subjekt des Delikts z. B. der Pfandgläubiger. Weshalb dann die Römer gerade diesen Fall als furtum possessionis aufgefaßt wissen wollten, ist um so verwunderlicher, als der Pfandgläubiger bereits die possessio hat. Außerdem ist es nicht erwiesen, daß intervertere — wie Ferrini meint — eine feststehende technische Bezeichnung dieses Falls gewesen ist[4]). Intervertere in der Bedeutung „unterschlagen" findet sich nach dem Lexikon erst in der nachklassischen Zeit. Daneben verwendete man: intercipere (fr. 1,22 Dig. 27,3; fr. 33 Dig. 47,2), contrectare (fr. 29 Dig. 16,3; fr. 3,18 Dig. 41,2), celare (fr. 46,4 Dig. 47,2; fr. 52,7 eod. loc.), auch consumere (fr. 22,7 Dig. 17,1). Ferrini aber scheidet weiterhin zwischen furtum rei und furtum possessionis, da, wie er bemerkt[5]), hier die geschichtliche Wurzel der Unterscheidung in furtum und „appropriazione indebita" zu suchen ist, obschon das furtum possessionis sich von dem furtum rei nur in der Art des Besitzerwerbes unterscheidet. Dieser Argumentation kann m. E. folgendes entgegengestellt werden: eignet sich jemand eine fremde Sache eines Detentors bewußt widerrechtlich an, so wäre dieses furtum rei gerade nicht ein furtum rei, sondern vielmehr ein furtum possessionis, da in diesem Falle, um mit Ferrini zu reden, „der Besitz des Eigentümers durch die deliktuose Handlung verloren geht"[6]).

Die Theorie, welche in dem furtum possessionis nur eine Unterschlagung sieht, hat in der Litteratur weiter keinen Anklang gefunden[7]). Sie scheitert immer daran, daß nicht nur die äußerliche, tatsächliche Besitzaneignung Gegenstand des furtum ist. Ein furtum possessionis ist auch die Verletzung des Rechts auf

[1]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 432. 434. 435. 458.
[2]) Marezoll, Arch. f. zivil. Pr. 8, S. 284 ff.
[3]) v. Buchholtz, Jur. Abhdlg. S. 323 ff.
[4]) Vgl. Mommsen S. 735. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 360. Anm. 34.
[5]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 435.
[6]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 432.
[7]) Vgl. Vangerow III S. 571. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 362 Anm. 47.

die possessio[1]). Wir dürfen ein Beispiel Papinianus' heranziehen: Papinianus libro 12 quaest. (fr. 81 (80),7 Dig. 47,2):

> non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio.

Desgleichen ist jene erstere Lehre, nämlich diejenige, welche in dem Satze gipfelt: furtum possessionis = furtum suae rei, zu verwerfen. Man legt in des Juristen Paulus' Worte einen Sinn hinein, welcher in scharfem Kontrast zu seinem schon zitierten Ausspruch — in den Sent. Rec. II. 31. 21: rei enim nostrae furtum facere non possumus — steht. Diese Inkongruenz kann nun nicht mit einer Erwägung — wie sie bei Lauterbach angedeutet wird — beseitigt werden, indem man sagt: in fr. 1,3 Dig. 47,2 handelt es sich nur um eine res incorporalis, um die possessio. Denn: Objekt dieses furtum ist nicht allein die iuris possessio, sondern auch die rei possessio.

In betreff unseres furtum possessionis hat sich eine neue, andere Auffassung entwickelt. Der Gedanke findet sich, soweit bekannt, bei Pampaloni[2]), Mommsen[3]) und Voigt[4]). Es ist Grund genug vorhanden, diese Theorie als die richtige zu erklären.

Zunächst sei der Versuch unternommen, den römischen Begriff furtum possessionis angemessen deutsch wiederzugeben. Mommsen überschreibt den Abschnitt über das furtum mit „Eigentumsaneignung". Analog diesem kann man das furtum possessionis durch „Besitzrechtsaneignung" verdeutschen. Daß diese Bezeichnung vom Standpunkt des fur gewählt ist, braucht angesichts des Begriffs „Entwendung" kaum erwähnt zu werden. Die Wiedergabe durch „Pfandkehr" bezieht sich zu einseitig auf das Pfandrecht, während der schon treffendere Ausdruck „Besitzrechtsstörung"[5]) zu eng ist, da es sich hier auch um eine Entziehung des Besitzrechts handelt.

---

[1]) Vgl. Pampaloni, Studi Sen. XI p. 172 n. 68. Dollmann S. 2. Bes. Bekker, R. d. Besitzes S. 335 ff.
[2]) Pampaloni, Studi Sen. X p. 78. 88. 112.
[3]) Mommsen S. 736 Anm. 2.
[4]) Voigt, R. Rgesch. II S. 968. 969. Unklar angedeutet schon bei Hückel.
[5]) So Harburger in Vergl. Darstellung des dtsch. und ausländ. Strafrechts. Berlin 1907. Besond. Teil. Bd. VI S. 322. Vgl. im übrigen weiter unten S. 73 f.

Die Bezeichnung „Besitzrechtsaneignung" zwingt nicht dazu, eine solche nur von seiten des Eigentümers anzunehmen. Wenn diese Erklärung nicht zu dem Gedankenschluß nötigen mag, so verbietet sie ihn aber auch nicht. Dies vorangestellt, darf man sagen: das furtum possessionis im Sinne des Paulus — und überhaupt der römischen Juristen — tritt nicht immer als furtum rei propriae auf, obschon alle diese Fälle dazu zu zählen sind[1]), es ist — als weiterer Begriff — die durch einen Dritten erfolgte Besitzaneignung einer res, an welcher jemandem neben dem Eigentümer ein Recht zusteht[2]). Daraus folgt, daß ein furtum rei mit einem furtum possessionis konkurrieren kann.

Die Behauptung steht nicht in der Luft. In den Quellen treffen wir folgenden Fall an:

Julianus libro 3 ad Urseium Ferocem (fr. 35 Dig. 41,3):

> Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse.

Julianus spricht von der legatarischen Zuwendung des Nießbrauchs an einem Sklaven, welcher entwendet wird. Von wem, sagt der Tatbestand nicht. Jedenfalls kann man mit Gewißheit sagen, daß Subjekt der widerrechtlichen Aneignung nicht der Eigentümer gewesen ist[3]). Anderenfalls wäre nicht auch für den heres die Frage nach der actio furti aufgeworfen worden. Ein furtum rei liegt nicht vor; denn wir wissen, si nullus sit possessor, furtum (rei) negat fieri. Der Erbe hatte nie den Besitz des Sklaven erlangt. Die Möglichkeit eines furtum suae rei ist ausgeschlossen, weil in obigem Falle der homo zu einer res furtiva wird und damit — nach Sabinus — die Ersitzung desselben abgeschnitten ist[4]). Beim furtum suae rei kehrte bekanntlich die angeeignete Sache in die potestas domini zurück, was zur Folge hatte, daß sie nicht zu einer res furtiva wurde: usucapi eam posse Cassius scribit, quia in

---

1) Auch Pampaloni, Studi Sen. X p. 81.

2) Enger Voigt, R. Rgesch. II S. 968. 969. Wie im Text Pampaloni, Studi Sen. X p. 78.

3) So auch in Beziehung auf fr. 49 Dig. 41,3 u. fr. 6 C. 7,26: Vangerow I S. 587, vgl. auch Bekker, R. d. Bes. S. 91. Früher schon Cujaz tom. I c. 1115. Donellus V. 28. 10.

4) Vgl. Unterholzner I S. 214.

potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit. (fr. 4,21 Dig. 41,3.) Aber ein Besitzrecht, ein ius in re aliena ist verletzt. Darum gibt Sabinus dem Usufruktuar die actio furti. In dem Falle eines furtum possessionis liegt — nach der hier vertretenen Auffassung — der Schwerpunkt nicht so sehr darin, daß der fur ein Recht an der Sache hat, als in diesem, daß ein Besitzrecht verletzt wird.

Andere Fälle des furtum possessionis von seiten eines Nichteigentümers enthalten fr. 12,2. fr. 46,1. 3. 4. fr. 75. fr. 83 (82),1 Dig. 47,2.

Mit obiger Auffassung des römischen furtum possessionis ist die von Ulpianus überlieferte Antwort des „Kasuisten" Scaevola vereinbar. Gar oft ist sie Gegenstand eingehender Erörterung gewesen[1]), aber m. E. immer mißverstanden, weil man die Worte: Scaevola ait possessionis furtum fieri aus dem Satz- und Sinngefüge riß und für sich allein betrachtete. Die hier in Betracht kommenden Sätze des Ulpianus lauten in ihrem Zusammenhang[2]): Ulpianus libro 38 ad edictum (fr. 1,15 Dig. 47,4):

> Haec actio (i. e. dupli iudicium fr. 1 pr.) locum habet ... si heredis interfuit dolum malum admissum non esse, quo minus ad se perveniret. et ideo Scaevola plenius tractat et si eam rem subripuisset servus, quam defunctus pignori acceperat, hanc actionem honorariam locum habere .... nam si in locum deficientis furti actionis propter servitutem hanc actionem substituit praetor, veresimile est in omnibus causis eum, in quibus furti agi potuit, substituisse. et in summa probatur hanc actionem et in rebus pigneratis et in rebus alienis bona fide possessis locum habere: idem et de re commodata testatori ... Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor[3]), furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia hereditas possessionem non habet, quae facti est et animi.

[1]) Von Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 434, Pampaloni, Studi Sen. XI p. 162 ff., Schirmer S. 211 ff. u. a.

[2]) Vgl. Lenel, Paling. II Sp. 681. Ulp. 1065—66. Voigt, XII Taf. II S. 379 Anm. 31.

[3]) Diese Ansicht des Scaevola hatte zum mindesten für das spätere römische Recht keine Geltung mehr, weil hiernach auch ein furtum an Sachen, welche in niemandes Besitz sind, möglich war. Vgl. Unterholzner I S. 209 und unten S. 53.

Scaevolas Erwägungen stehen in innigem Zusammenhang mit jenem, kurz zuvor behandelten fr. 35 Dig. 41,3 des Julianus. Es ist zutreffend, wenn Ferrini[1]) bemerkt, daß hier einzig und allein von dem Besitze, wohl richtiger dem Rechte zu besitzen, gesprochen wird. Nach Ferrini soll das aus den Worten: denique si nullus sit possessor ... animi zu schließen sein. Hier wird nur auseinandergesetzt, wann ein furtum nicht geschehen kann, während der Jurist behauptet, daß ein furtum possessionis geschehen könne. Aber wann? Die Antwort bleibt aus[2]). Ist es möglich, aus der Folge die Voraussetzung, den Tatbestand, zu finden? M. E. ist der aphoristische Satz: Scaevola ait possessionis furtum fieri auf das Vorhergehende zu beziehen:

> Scaevola plenius tractat et si eam rem subripuisset servus, quam defunctus pignori acceperat[3]), hanc actionem ... locum habere ... et in summa probatur hanc actionem et in rebus pigneratis et in rebus alienis bona fide possessis locum habere: idem et de re commodata testatori.

Offenbar hat Ulpianus die Fälle, in welchen ein Recht auf die possessio verletzt wird, im Auge, wenn er Scaevola zitiert: possessionis furtum fieri. Daß hier der Täter nicht der Eigentümer ist, braucht nicht erst betont zu werden.

[1]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 434. Schon früher Cujaz tom. I c. 229.

[2]) Und damit fällt auch Ferrinis Versicherung, daß diese seine Lösung die „einzig mögliche" des Fragments sei. Seine Negative ergibt vielleicht die richtige Auslegung.

[3]) Vgl. den Gegensatz in fr. 69 (68) Dig. 47,2: nisi forte pignori dederat defunctus . . .

Zweites Kapitel.

Die Tatbestandsmerkmale des furtum possessionis.

A. Gegenstand der Handlung.

Die res.

§ 4.

Aus welchen Elementen setzt sich der Begriff des furtum possessionis zusammen? Der Tatbestand ist im allgemeinen derselbe wie bei jedem anderen furtum. Er löst sich objektiv auf: in eine res und in die contrectatio dieser res, wogegen zum subjektiven Tatbestand der animus fraudulosus sowie der animus lucri faciendi gehören.

Objekt des furtum possessionis ist eine res, an welcher eine possessio rei oder iuris besteht. Eine res muß vorhanden sein, anderenfalls ist keine contrectatio possessionis rei denkbar. In welchem Sinne ist hier „res“ aufzufassen? Zunächst ist zu bemerken, daß der römischrechtliche Begriff res sich nicht mit unserer „Sache“ deckt. Im Sinne der Römer bedeutet „res“ jedes Ding, während im heutigen Rechte die Sache in Gegensatz zu Personen und Rechten gestellt ist. Im römischen Recht war auch der Sklave eine res, ein furtum possessionis an ihm ist denkbar und auch bezeugt: fr. 35. Dig. 41,3. Vgl. Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 13. Wichtig ist die Einteilung in bewegliche und unbewegliche Sachen. Mobilien sollen nach allgemeiner Ansicht zuerst Gegenstand des furtum gewesen und auch geblieben sein. Ein furtum an Immobilien hielt man — wenn der Ausdruck gestattet ist — für eine juristische Fabel. Vergegenwärtigen wir uns noch einmal, daß die römischen Juristen das furtum im engeren Sinne nie von der gewaltsamen Aneignung getrennt, vielmehr diese immer wie jenes behandelt haben. Die Form der Ausführung war juristisch irrelevant[1]). Nun wird uns berichtet, daß z. B. Sabinus ein furtum an unbeweglichen Sachen unbedenklich zuließ. Das wissen wir aus verschiedenen Überlieferungen. So erzählt Gellius, Noct. Attic. XI 18. 13

[1]) Mommsen S. 737. 738.

mit Verwunderung — worauf man bei einem Nichtjuristen nicht so viel Gewicht legen sollte — folgendes:

> In quo (sc. libro Sabini de furtis) id quoque scriptum est, quod vulgo inopiniatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et surripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum.

Diese Notiz ist dann bei den Römern aus einer Schrift in die andere übergegangen. Wir finden sie in schroffer Ablehnung bei Gaius (z. B. II. 51)[1], während Ulpianus ihr eine wesentlich vorsichtigere Fassung gegeben hat (fr. 25 pr. Dig. 47,2). Sabinus war nicht der erste und nicht der einzige, welcher diese Lehre vertrat. Jene Bemerkungen des Gellius, des Gaius wie des Ulpianus beweisen uns nur, daß der Furtumbegriff großen Schwankungen unterworfen war. Von einer „durchgearbeiteten und konsequenten Theorie"[2]) im allgemeinen kann keine Rede sein, das widerlegen schon die vielen Kontroversen. Ja, Mommsen[3]) bemerkt gelegentlich, daß das furtum „vielleicht niemals einer äußerlichen Formulierung unterlegen" hat. Jene Idee ist nicht allein aus der Reflexion des Sabinus geboren. Einmal steht dem — wie bereits Ferrini[4]) bemerkt — die Erzählung des Gellius selbst entgegen, wo Sabinus selber betont, daß er diese Lehre „ex egregiis veterum moribus" genommen habe, dann nennt Ulpianus in dem oben berührten Fragment Labeo und Celsus. Daß hier — wenigstens in pr. u. § 1 — von dem furtum fundi gesprochen wird, sei nebenbei bemerkt. M. E. steht nichts im Wege, auch diese beiden Juristen als Anhänger des furtum fundi anzusehen. Denn daraus, daß Labeo hier nur die condictio verneint, folgt nicht zwingend, daß er auch ein furtum fundi verwarf[5]). Dasselbe muß von Celsus angenommen werden, da ausdrücklich die Parallele zu einer res mobilis gezogen wird. Und Ulpianus selber bemerkt nur, daß für ein furtum fundi keine actio furti gegeben ist. Weiter geht er nicht. Gerade im Falle des furtum possessionis wird man annehmen dürfen, daß

---

[1]) Vgl. noch fr. 38 Dig. 41,3. § 7 in f. Inst. 2,6. Auch Cujaz tom. I c. 84 n. 17 tom. VIII c. 263.

[2]) Dollmann S. 1.

[3]) Mommsen S. 126.

[4]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 424 n. 2 (vgl. auch Schneider, Kr. Viert. J. Schrift. Bd. 36. S. 30) gegen Voigt, XII Taf. II S. 551 Anm. 6.

[5]) Ferrini, Rivista Ital. XII p. 173 n. 1.

es auch unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben kann[1]). Zum Beweise dienen folgende Fragmente des Marcellus (fr. 12 Dig. 43,16. fr. 20 Dig. 41,2), des Papinianus (fr. 18 pr. Dig. 43,16) und des Ulpianus (fr. 3,3 Dig. 43,17). Mommsen[2]) sagt sehr beachtenswert:

> Die Ausschließung der Immobilien bei dem Furtum ist insofern irrationell, als die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen theoretisch wie praktisch ebenso möglich ist wie diejenige beweglicher und dafür ein der Diebstahlsklage analoger gerichtlicher Schutz im Zivilrecht vermißt wird.

Diesen Mangel mag schon Cujaz[3]) empfunden haben:

> quamobrem de re immobili neque furti, neque vi bonorum raptorum neque expilatae hereditatis actio est.

Paulus spricht in fr. 1,3 Dig. 47,2 ganz allgemein von einer contrectatio rei. Warum soll man hierunter nicht auch eine res immobilis miteinbegreifen können? Ein furtum usus läßt man bei Immobilien unbedenklich zu. Warum nicht auch ein furtum possessionis? Die etymologische Ableitung von ferre wird ein Gegengrund gewesen sein.

Wie schon im Vorübergehen bemerkt wurde, äußert sich der jüngste[4]) der Juristen, Ulpianus, nur darüber, daß eine „actio" im Falle eines furtum fundi nicht gegeben wird. Die römische Jurisprudenz hatte jedoch ein anderes, possessorisches Rechtsmittel, besonders für das furtum possessionis, nämlich die condictio possessionis[5]). Sie ist der gerichtliche Schutz gegen ein furtum an unbeweglichen Sachen. Es wird sich später zeigen, ob die Schlußfolgerung von dem, was wir tatsächlich haben, auf das, was sein kann, berechtigt ist.

Die possessio.

§ 5.

Wurde vorher der Begriff der res eingehender erörtert, so ist es nunmehr erforderlich, die Frage zu beantworten, welche Bedeutung „possessio" für das furtum possessionis hat.

---

[1]) Vgl. Voigt, Cond. S. 329. 768. Anm. 722.
[2]) Mommsen S. 739.
[3]) Cujaz tom. I c. 84 n. 17.
[4]) Natürlich: der hierfür in Betracht kommenden Juristen.
[5]) Vgl. Voigt, R. Rgesch. II S. 968: „Diese Lehrmeinung gewann lediglich für die cond. furtiva kanonische Geltung, wogegen sie hinsichtlich der act. furti selbst seitens der jüngeren Sabinianer wieder aufgegeben wurde."

Es ist richtig, „la teoria del furto pende ad ogni modo da quella del possesso“[1]). Aber ein tieferes Eindringen in die umstrittenste römischrechtliche Lehre geht über den Rahmen dieser Schrift hinaus. Zudem wäre es ein müßiges Unterfangen: die Besitzlehre hat sich — wie jede andere — im Wandel der Zeiten mannigfach umgebildet. Ein logisch aufgebautes Kunstwerk ist sie nicht, eine einheitliche Idee waltet nirgends[2]). Darum werden auch alle aufgestellten Theorien hinfällig — wie auch unwiderleglich sein. Alle die Kategorien von Zivilbesitz — dem eigentlichen Besitz ohne jeden zivilrechtlichen Mangel — und des Naturalbesitzes — welcher in sich die dententio, den zivilrechtlich mangelhaften Eigentumsbesitz sowie den sog. abgeleiteten Besitz faßt[3]) — können nicht auseinandergehalten werden. Auch hier ist Resignation das Resultat.

> Recht und Lehre von der Possessio, wie die erhaltenen Quellen diese auf uns gebracht, werden wir begreifen und darum verzeihen, aber nicht billigen und noch weniger festhalten dürfen.

Das ist der Abschluß der Betrachtungen Bekkers[4]). Und somit wird man Pernice[5]) zustimmen müssen, daß im römischen Recht jedes „rechtlich geschützte Naheverhältnis“ unter den Besitzbegriff zu subsummieren ist.

Unsere Aufgabe kann nur die sein, zuzusehen, welche Einzelfälle in den Rechtsbüchern enthalten sind. Eine rein logische Konstruktion würde jeder Stütze entbehren.

Das furtum possessionis wird an einer bonae fidei possessio[6]) bezeugt von

Javolenus (fr. 75 (74) Dig. 47,2),
Gaius III. 200,
Paulus (fr. 20,1 Dig. 47,2),

[1]) Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 438.
[2]) Vgl. Bekker, R. d. Bes. S. 354. 359. 326.
[3]) So Bruns, Besitz S. 25. Vgl. dazu Bekker, R. d. Bes. S. 325. Anm. 3.
[4]) Bekker, eod. loc. S. 352. Ferner Regelsberger, D. ger. Besitzschutz in d. Festschrift f. d. jurist. Fakultät Gießen 1907 S. 240. 248.
[5]) Pernice Labeo III S. 218. Auch Binder, Rechtsstellung d. Erben. Leipzig 1901—1905. I S. 46 Anm. 39.
[6]) Vgl. noch fr. 12,1 Dig. 47,2 (Ulpian.) Pampaloni, Studi Sen. X p. 79 n. 12. Voigt, R. Rgesch. II S. 969. Wie stets, geben die römischen Juristen nur die Entscheidung des Einzelfalls, der Tatbestand ist hier meistens leicht zu rekonstruieren. Dasselbe gilt für die folgenden Belegstellen.

Paulus (= Julianus fr. 54 (53),4 Dig. 47,2),
Ulpianus (fr. 52,10 Dig. 47,2).

Javolenus' und Ulpianus' Fragmente kann man wiederum zur Erhärtung der Ausführungen über den Kreis unseres furtum possessionis heranziehen. Javolenus libro 4 epist. (fr. 75 (74) Dig. 47,2):

> Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero quanta aestimatio pro utroque fieri debet. respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestatitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

Die beiden Beispiele des Paulus[1]) handeln von einem furtum possessionis des Eigentümer-Schuldners.

Dem malae fidei possessor gegenüber hat man brevi manu die Möglichkeit eines furtum possessionis geleugnet[2]). Diese Auffassung dürfte außer Acht lassen, daß die malae fidei possessio ein umfassenderer Begriff ist, welcher in sich einmal die echte malae fidei possessio einbegreift und außerdem die „gerechtfertigte" malae fidei possessio[3]). Ein Beispiel ist förderlicher als eine Auseinandersetzung. In fr. 20 Dig. 41,2 findet sich von Marcellus folgende Beurteilung:

> Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaepiam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?

In durchaus ähnlichem Sinne äußert sich Marcellus an einer anderen Stelle: fr. 12 Dig. 43,16. Die Berechtigung jener

[1]) fr. 20,1 Dig. 47,2 und fr. 54 (53), 4 Dig. 47,2.
[2]) Eine Ausnahme macht Dollmann S. 6.
[3]) Vgl. Bekker, R. d. Bes. S. 323.

Scheidung innerhalb der malae fidei possessio bedarf mit Rücksicht auf jene Fälle keiner Begründung.

Eine scheinbare Stütze hat die Gegenmeinung bei Ulpianus libro 29 ad Sab. (fr. 12,1 Dig. 47,2):

> Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.

Erwähnt sei, daß hier von einer echten malae fidei possessio die Rede ist, und Ulpianus dem Besitzer nur die pönale actio furti abspricht. Andere Rechte des malae fidei possessor bleiben unberührt; denn sonst geriete der Jurist mit seinen eigenen Worten in Widerspruch. Nach seiner Äußerung wird dem fur — welchem der malae fidei possessor gleichzustellen ist — die actio pigneraticia oder commodati gegeben: Ulpianus libro 30 ad edict. (fr. 22,2 Dig. 13,7):

> Si praedo (= fur) rem pignori dederit competit ei et de fructibus pigneraticia actio.....

Auch bei einem furtum possessionis muß Besitz von Eigentum geschieden werden (fr. 1,2 Dig. 43,17) und: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat (so Labeo in fr. 3,5 Dig. 41,2). Demnach kann ein furtum possessionis auch gegenüber dem bösgläubigen Besitzer begangen werden. Wenn ihm immerhin die actio furti versagt ist, so steht ihm dafür die condictio possessionis zur Seite, mit welcher der malae fidei possessor die Zurückerstattung des Besitzes verlangen kann[1]).

Ein reiches Quellenmaterial bietet sich für den Fall eines furtum possessionis an der verpfändeten Sache dar. Diese Tatsache hat einige dazu veranlaßt, an Stelle des furtum possessionis von einem „furtum pignoris" oder „iuris pignoris" zu sprechen. Praktisch ausgestaltet finden wir die Fälle für die hier vertretene Auffassung des furtum possessionis wie auch in betreff des engeren furtum suae rei.

[1]) Vgl. Bruns, Besitz S. 31. 32, wo darauf hingewiesen wird, daß fr. 77,1 Dig. 47,2 nicht im Wege steht. Ferner Ubbelohde S. 660. 661. In negativer Form auch bei Ferrini, Rivista Ital. p. 172, auch p. 162. S. auch Bekker, R. d. Bes. S. 102.

Eine Einsicht in den erweiterten Tatbestand mag diese Entscheidung veranschaulichen:

Ulpianus libro 29 ad Sab. (fr. 12,2 Dig. 47,2):

Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Julianus scripsit — nec non et ipsi domino dari placet. et sic fit, ut non teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse. et ita et Julianus saepissime scripsit.

Aus dem Munde Ulpianus' hören wir, daß das Besitzrecht des creditor pigneraticius verletzt ist. Ein furtum possessionis liegt also unzweifelhaft vor. Auch in dem Falle, wo ein Dritter (arg. extraneus) sich das ius in re aliena aneignet. Das kann man aus der ausdrücklichen Gegenüberstellung mit dem furtum suae rei entnehmen. Beiläufig bemerkt sei, daß hier nicht eine singuläre Auffassung des Ulpianus vorgetragen ist, vielmehr benutzt dieser die Gelegenheit darauf hinzuweisen, daß nicht weniger als drei der bedeutendsten Juristen: Julianus, Pomponius, Papinianus jene Frage bestätigt haben.

An ähnlichen Fällen ermangelt es nicht:

Marcellus (fr. 69 (68) Dig. 47,2),
Gaius (§ 14 Inst. 4,1),
Paulus (fr. 15 pr. Dig. 47,2),
" (fr. 88 (87) Dig. 47,2),
Ulpianus (fr. 46,4 Dig. 47,2),
" (= Papinianus = Pomponius fr. 14,5—7 Dig. 47,2)[1]),
" (= Papinianus fr. 22 pr. Dig. 13,7).

Noch reichlicher ist das Material für dasjenige furtum possessionis gegenüber dem Faustpfandgläubiger, welches man furtum

[1]) Vgl. dazu Dernburg, Pfdr. II S. 400 Anm. 8.

suae rei zu nennen pflegt. Es gehören hierher: Pomponius libro 18 ad Sab. (fr. 3 Dig. 13,7):

Si quasi recepturos a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse . . .

Ferner:

Africanus (fr. 62,8 Dig. 47,2),
Gaius III. 200. 204,
" (§ 10. 14 Inst. 4,1),
Papinianus (fr. 80 (79) Dig. 47,2),
Paulus (fr. 20 pr. Dig. 47,2)[1]),
" (= Julianus fr. 67 (66) pr. Dig. 47,2),
" (= Cassius fr. 4,21 Dig. 41,3),
" (fr. 49 Dig. 41,3),
Ulpianus (= Julianus fr. 19,5. 6. Dig. 47,2),
" (= Papinianus fr. 22 pr. Dig. 13,7),
" (= Sabinus = Pomponius fr. 36 Dig. 13,7)[2]).

Übrig bleiben noch jene anderen Fälle, in welchen die Inhaber ein Recht zu besitzen haben und folgeweise auch ihnen gegenüber ein furtum possessionis verübt werden kann. Demgemäß ist aus einigen Digestenstellen ersichtlich, daß das furtum possessionis über das furtum suae rei hinausgreift. Maßgebend sind:

Julianus (= Sabinus fr. 35 Dig. 41,3),
Marcellus (fr. 69 (68) Dig. 47,2),
Paulus (fr. 83 (82), 1 Dig. 47,2),
" (fr. 86 (85) Dig. 47,2),
Ulpianus (fr. 14,2 Dig. 47,2),
" (fr. 46,1 Dig. 47,2),
" (fr. 46,3 Dig. 47,2),
" (= Julianus = Marcellus fr. 12,5 Dig. 7,1).

Die gewöhnlichen Fälle des furtum suae rei verteilen sich folgendermaßen. Für den Ususfructus bezeugen es:

Paulus (fr. 15,1 Dig. 47,2),
" (fr. 20,1 Dig. 47,2).

[1]) Auch Paulus, Sent. Rec. II. 31. 19.
[2]) fr. 49 Dig. 13,7, welches Pampaloni, Studi Sen. X p. 78 n. 8 anführt, ist gar nicht vorhanden.

Im Falle des usus:

Marcellus (fr. 20 Dig. 41,2).

Bei dem commodatum:

Julianus (fr. 60 (59) Dig. 47,2),

Paulus (= Pomponius fr. 15,2 Dig. 47,2).

Auch gelegentlich der Pacht und Miete:

Marcellus (fr. 12 Dig. 43,16),

Papinianus (fr. 18 pr. Dig. 43,16),

Paulus (fr. 86 (85) Dig. 47,2),

Ulpianus (fr. 3,3 Dig. 43,17).

Trotz des Ausdrucks furtum „possessionis" wird man auch die letztgenannten Fälle darunter einbegreifen können. Bei possessio muß nur nicht immer an den juristischen Besitz gedacht werden [1]. Es genügt vielmehr ein tatsächliches Verhältnis zu der Sache, welches auch rechtliche Wirkungen hat.

B. Die Handlung als solche.

Die contrectatio.

§ 6.

Waren rei und iuris possessio Objekt des furtum possessionis, so wird die zum Delikt notwendige Handlung mit contrectatio rei oder iuris possessionis bezeichnet.

Contrectatio ist an sich ein farbloses und unbestimmtes Wort [2], welches die Art und Weise der Verwirklichung des Tatbestandes nicht dartut. Klarer wird es erst durch die Verbindung mit res und possessio. Dann haben wir den objektiven Tatbestand unseres Delikts beisammen, während zum subjektiven die fraudulose Gesinnung — an sich ist Besitzergreifung kein furtum — sowie der animus lucri faciendi des Täters zu rechnen sind.

Suchen wir in den Rechtsquellen nach einer Verdeutlichung des terminus technicus „contrectatio", so findet sich schwerlich ein befriedigender Stützpunkt. Deshalb bleibt nur übrig, auf Umwegen — unter Hinzuziehung dessen, was nicht darin enthalten ist — den Sinn von contrectatio enger zu umgrenzen.

Gewiß ist, daß contrectatio eine äußere Handlung, im Gegensatz zu der inneren Sinnesrichtung des fur, bezeichnet. Der Ge-

[1]) So wohl Ferrini, Arch. giur. XLVII, p. 434.
[2]) Ferrini, eod. loc. und p. 427.

danke einer widerrechtlichen Kontrektation, ein Wort oder ein Rat hierüber, können — solange sie nicht realisiert werden — nicht contrectatio genannt werden. Das bringen bestimmt zum Ausdruck: Paulus libro 39 ad edict. (fr. 1,1 Dig. 47,2):

> Sola cogitatio furti faciendi non facit furem.

Ulpianus libro 37 ad edict. (fr. 52,19 Dig. 47,2):

> Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat.

Paulus libro 59 ad edict. (fr. 53,2 Dig. 50,16):

> . . . nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit.

Sowie endlich Paulus libro 54 ad edict. (fr. 3,18 Dig. 41,2):

> Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

Hiermit steht die Bemerkung bei Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 13 nicht in Widerspruch. Es heißt dort:

> Sed meminisse debemus, . . . furtum sine ulla attrectatione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annittente.

Der scheinbare Widersinn löst sich auf, wenn man die unmittelbar folgenden Worte hinzunimmt:

> Quodcirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit.

Die Entschlußfassung der Tat und die Ausführung derselben erfordern nicht notwendig ein und dieselbe Person. Hier wird ausgesprochen, daß neben dem Täter auch der Anstifter haftet, weil er es ist, cuius ope consilio furtum factum est (Gaius III. 202)[1].

Die terminologische Erklärung des Begriffs contrectatio ist oft versucht. Rein[2]) hat sie umschrieben „als den allgemeinsten Ausdruck für die Handlung, in welcher sich der animus furandi ausspricht (die physische Aneignung der Sache)". Das Stammwort

[1]) Dazu Paulus Sent. Rec. II. 31. 10. fr. 52,19 Dig. 47,2. Mommsen S. 746 Brinz II. S. 805 Anm. 10.
[2]) Rein S. 307.

ist tractare oder trahere, so viel wie ziehen. So lesen wir in der Turiner Institutionenglosse[1]): contrectare dicitur a trahere, trahi vero non potest nisi corpus. Das Kompositum contrectare ist dann ein verstärktes ziehen, ein „ansichziehen". Hier mag dem etwaigen Irrtum begegnet werden, daß amovere, auferre, tollere identisch mit contrectare seien. Durchaus nicht, obschon im gewöhnlichen Sprachgebrauch eins für das andere ohne Unterschied gesetzt und gebraucht wird[2]). Reins Wiedergabe von contrectare durch „physische Aneignung" erscheint prekär und allzu umfassend. Man könnte meinen, daß ein Wegbringen, ein loco movere, in dem „contrectare" zu vermuten sei. Das wird speziell für das furtum possessionis nicht erforderlich sein. Als Beispiel hierfür diene Gellius, Noct. Attic. XI. 18. 13. Ein Gegenargument wird fr. 3,18 Dig. 41,2 entnommen[3]): Paulus libro 54 ad edictum:

> Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum committitur.

Diese Stelle rechtfertigt die „Ablationstheorie" nicht. Der Jurist sagt in obigem Urteil nur, daß der Verwahrer, welcher leugnet, die betreffende Sache in Verwahrung genommen zu haben, noch kein Dieb sei, da ja animo furtum non admittitur. Vielmehr müßte der Depositar erst eine äußerlich sichtbare Handlung vornehmen, an der man seine diebische Gesinnung erkennen kann. Nun wäre es sehr schwierig, dem Verwahrer ein furtum nachzuweisen. Und allein zu dem Zweck — es handelt sich beim Depositum um bewegliche Sachen — hat Paulus wohl das „loco movere" zur Verdeutlichung oder beispielsweise eingefügt. Damit stimmt bestens überein fr. 1,2 Dig. 47,2: Paulus libro 39 ad edict.:

> Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit.

Außerdem läge dann immer kein furtum vor, wenn nur eine Ortsveränderung nicht vorgenommen wird. Gewiß kann die contrectatio in einem „loco movere" bestehen, nur braucht das nicht

[1]) Zit. nach Savigny, Gesch. d. röm. R. III S. 715.
[2]) Vgl. Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 410.
[3]) Vgl. z. B. Dollmann S. 19.

stets der Fall zu sein[1]). Hier zeigt sich der Unterschied der actio furti und der condictio furtiva, welch letztere ein „auferre“ als wesentlich voraussetzt. Das erklärt uns wiederum Paulus in fr. 21,10 Dig. 47,2: Paulus libro 40 ad Sabinum:

> Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur, attamen condici ei non potest, idcirco quia condici ea res, quae ablata est, potest: et ita et Pomponius scribit.

Ferner spricht gegen eine Gleichsetzung von contrectare mit auferre folgendes: § 6 Inst. 4,1:

> Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contractat.

Wie Gaius hier mit den beiden Begriffen operiert, begreift contrectare als das allgemeinere, umfassendere das „loco movere“ in sich ein. Das soll durch die Einfügung des „generaliter“ ausgedrückt werden.

Nicht jede „physische Aneignung“ einer res ist ein furtum. Der Begriff der contrectatio schränkt sich damit noch enger ein. Wirft jemand eine ihm nicht gehörende Sache weg[2]) oder vernichtet er sie gar, so liegt für diese Fälle Injurie, Sachbeschädigung vor, aber nicht ein furtum. Die das Besitzrecht verletzende Sinnesrichtung des Täters muß erkennbar hervortreten und sich in der entsprechenden Handlung äußern. Auf das furtum possessionis angewendet, müßte die Kontrektationshandlung die Besitzrechtsaneignung der beweglichen wie unbeweglichen Sache enthalten[3]). Und zwar eine vollendete Besitzergreifung; denn den Versuch derselben sahen die Römer bekanntlich nicht als furtum an, sondern bestraften ihn als Injurie. Paulus, Sent. Rec. II. 31. 35:

> Qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, iniuriarum potest.

---

[1]) Vgl. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 365 Anm. 66. und Bekker, R. d. Bes. S. 89. 90.

[2]) fr. 14,2 Dig. 19,5, wo eine act. in factum gegeben wird.

[3]) Vgl. Bekker, R. d. Bes. S. 90.

Paulus farbloser und dehnbarer Ausdruck: contrectatio ist recht eigentlich treffend für das römische furtum, welches einen größeren Umfang hatte als man gewöhnlich annimmt. Ein „aneignen" wird immer darin enthalten sein, wenigstens berühren sich die beiden Begriffe ziemlich nahe und fallen für das furtum possessionis zusammen. Demgegenüber erscheint Windscheids[1]) und auch Brinz'[2]) Verdeutschung des contrectare durch „Behandlung einer Sache" für das furtum possessionis als nicht zulänglich, aber gerade so unbestimmt wie der Begriff der römischen contrectatio.

Auf welchen Bedingungen und Voraussetzungen die Besitzrechtsaneignung beruht, ergibt die Erörterung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des furtum.

C. Subjekt der Handlung.

Die fraudulose Gesinnung des Täters.

§ 7.

Ein unentwickeltes Rechtssystem — und das trifft für das älteste römische Recht auch zu — wird sich damit begnügen, die rein äußerliche Tatsache der gesetzwidrigen Kontrektion einer res als furtum zu bestrafen. Das römische Recht blieb aber nicht bei dieser oberflächlichen Auffassung stehen. Die Frage: was betätigt sich in der strafbaren Tat? tauchte auf und man erkannte, daß der verbrecherische Wille[3]), welcher die Gesetze gleichviel in welcher Form negiert, das wichtigste Fundament des Strafrechts ist. Der Schritt vom Veranlassungsprinzip zum Verschuldensprinzip war getan.

Das Wort contrectatio allein fördert nicht die Erkenntnis des furtum. „Das innere Moment der Tat", um einen Ausdruck Iherings zu gebrauchen, mußte zum Ausdruck gebracht werden, das furtum war von anderen Delikten[1]) nach Möglichkeit abzugrenzen. Aus diesem Grunde setzt Paulus zu der contrectatio das Beiwort „fraudulosus", mit welchem der animus lucri faciendi in unserer Digestenstelle in innigem Zusammenhang steht. Letzteres

[1]) Windscheid II S. 900.

[2]) Brinz II S. 804 Anm. 1. Schirmers „jedes äußerliche pro domino gerere" (S. 269) enthält nur eine Umschreibung. Dasselbe gilt von Ferrini, Arch. giur. XLVIII p. 436. Wie hier Wächter, Weistes R. Lex. III S. 358 Anm. 25.

[3]) Natürlich kann man von einem Willen im strafrechtlichen Sinne nur bei handlungsfähigen Menschen sprechen.

[1]) Nämlich von der iniuria und dem damnum iniuria (datum).

enthält den eigentlichen, das furtum charakterisierenden „dolus“, worüber später zu sprechen ist.

Es ist nun mit Recht die Frage aufgeworfen worden: soll durch fraudulosus mehr als der „dolus“ des Täters ausgedrückt werden oder nicht? Der Hauptgrund der Uneinigkeiten der Juristen über diese Frage liegt darin, daß das Wort fraudulosus nur einmal, eben bei Paulus in fr. 1,3 Dig. 47,2, in den Quellen zu finden und daher nur aus sich selbst bzw. aus seinem Stammwort zu erklären ist. Wäre fraudulosus irgendwo mit anderen Begriffen verbunden, so daß eine vergleichende Gegenüberstellung mit synonymen Wörtern möglich wäre, so erübrigte sich das obige Bedenken. Fraudulosus ist ein Adjektivum, hergeleitet aus fraus. Die römische Sprache verbindet mit letzterem verschiedene Bedeutungen. Dies kann nicht befremden: die Sprache ist — solange sie gesprochen wird — ein lebender Organismus und demgemäß der Veränderung und Umbildung unterworfen.

Fraus ist im aktiven Sinne gleichbedeutend mit Betrug (fallacia, deceptio, circumscriptio), dann bezeichnet es in passiver Bedeutung das Betrogen-werden, d. h. also den Schaden, den Nachteil[1]). (fr. 131 Dig. 50,16; Livius I. 24. 5; XXVI. 12.5; XXX. 19.9; Cicero pro Roscio XVII. 49; Gellius, Noct. Attic. XX.1. 49).

In den römischen Schriften findet sich fraus oft in Verbindung mit dolus. Beide Begriffe sind miteinander verwandt, aber nicht identisch. Gewiß heißt es in fr. 1,4 Dig. 38,5: fraudis vel doli conscius, aber das Verbindungswort „vel“ zeigt gerade an, daß ein Begriff nicht den anderen ausschließt[2]). An anderen Stellen stehen fraus und dolus nebeneinander: fr. 7,7 Dig. 2,14: neque dolo malo... neque quo fraus; fr. 7,10 Dig. 2,14: inest enim dolo et fraus; fr. 1 Dig. 3,2: de dolo malo et fraude; fr. 3 Dig. 13,7: replicabitur de dolo et fraude und Cicero, de dom. XIV. 36: ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.

Wie uns Ulpianus in fr. 1,3 Dig. 4,3 berichtet, soll auch der Begriff dolus seine Bedeutung geändert haben: veteres dolum etiam bonum dicebant. Mit Recht hält Mommsen[3]) diesen dolus bonus für ein Oxymoron und führt dazu aus, daß dolus im römischen Sprachgebrauche stets eine tadelnde Bedeutung hatte.

[1]) Vgl. dazu das oben S. 23 gesagte. Ferner Forcellini, Totius Latinit. Lexicon Prati 1865. tom. III p. 138. 139.
[2]) Ebenso fr. 8,6 Dig. 34,3. Anders allerdings fr. 37,3 Dig. 33,1 und fr. 3,3 Dig. 17,2.
[3]) Mommsen S. 87 Anm. 4. Anders Forcellini tom. II p. 780.

In welchem Verhältnis stehen nun fraus und dolus zueinander? Vorgreifend ist zu bemerken, daß diese Unterscheidung der beiden Begriffe nur auf sprachlichem, nicht auf juristischem Gebiete interessiert. Beginnen wir zunächst mit dem „dolus". Allgemein ausgedrückt hat man hierunter das Bewußtsein sich rechtswidrig zu verhalten, m. a. W. ein bewußtes Negieren der Postulate der Gesellschaft zu verstehen. Paulus drückt das in fr. 3,3 Dig. 17,2 folgendermaßen aus: fides bona contraria est fraudi et dolo. Aus Unrecht und Bewußtsein des Unrechts setzt sich der dolus zusammen. Der inneren Seite des dolus steht die äußere gegenüber: der widerrechtliche Eingriff in die Rechte eines anderen. So ist es nur natürlich, daß dolus im Lateinischen immer in Begleitung von „malus" auftritt[1]).

Welchen Sinn verbinden aber die römischen Juristen mit fraus? Man darf annehmen, daß dolus der weitere und fraus der engere Begriff ist. Dieser Gedanke ist von Forcellini[2]) besonders klar ausgesprochen worden:

> fraus differt a dolo, qui tum in verbis, tum in rebus locum habet: fraus praecipue et proprie in rebus. Hoc tamen discrimen et raro servatur, et fere fraus de quocumque dolo, fallacia ac deceptione dicitur und
> inter dolum et fraudem hoc interest, quod dolus est omnis callida machinatio sive in verbis, sive in factis, circumveniendi causa: fraus detrimentum aliquod importat et damnum[3]). Itaque omnis fraus est dolus, non contra.

Den Sinn der fraus, welche also dem dolus gegenüber ein Minus bedeutet, erschließen uns diese beiden Quellenstellen:

Paulus libro singulari ad legem Cinciam. (fr. 29 Dig. 1,3):

> in fraudem (legis) vero (facit), qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit,

und Ulpianus libro 4 ad edictum. (fr. 30 Dig. 1,3):

> Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

---

[1]) Vgl. dazu Mommsen S. 87 Anm. 3: Der dolus bezeichnet das gesetzwidrige bewußte Unrecht schlechthin. Ferner Labeo-Ulpianus in fr. 1,2 Dig. 4,3 und Cicero, Topica 9 sowie de offic. III.14.

[2]) Forcellini tom. III p. 139 (Note zu fraus) und tom. II p. 780 (Note zu dolus).

[3]) Birnbaum stützte hierauf allein seine Erklärung von fraus. Das ist jedenfalls juristisch nicht zutreffend, wie S. 51 darzulegen ist.

Paulus wie Ulpianus kommt es darauf an zu zeigen, daß fraus nicht den Verstoß gegen den Buchstaben eines Gesetzes, wohl aber gegen den gedanklichen Inhalt desselben bedeutet. Und deshalb kann man nur Mommsens treffliche Erklärung[1]): fraus bezeichnet „die bewußte Umgehung eines bestimmten Gesetzes" wiederholen.

Das von fraus hergeleitete Adjektivum fraudulosus ist gleichbedeutend mit fraude plenus, fraudulentus. Es scheint eine Sprachbildung der nachklassischen Periode zu sein, wogegen sich z. B. das nächstverwandte fraudulentus schon viel früher in den Quellen findet[2]). Wendet man die oben gefundene Erklärung für fraus bei fraudulosus in fr. 1,3 Dig. 47,2 an, so ergibt lich daraus, daß Paulus mit contrectatio fraudulosa nicht die dolose, heimliche Besitzaneignung zum Ausdruck bringen wollte. Danach fällt allerdings auch die gewaltsame contrectatio rei unter den Begriff des furtum. Das ist schon früher ausgeführt worden[3]). Trifft die hier angenommene Bedeutung von traus zu, so ist auch die zu enge, auf dem passiven Sinn der fraus basierende Ansicht Birnbaums[4]), daß nämlich fraudulosus soviel wie cum damno alterius bedeute, widerlegt. Was meint nun eigentlich der Jurist mit der Hinzufügung von fraudulosa zu der contrectatio? Nichts anderes als eine Verstärkung des zum furtum gehörigen dolus, welcher in lucri faciendi causa enthalten ist. Die ältere Meinung von Schrader[5]) und v. Wächter[6]), welche fraudulosus geradezu mit dolus identifizierten und es mit animus contra ius faciendi umschrieben, war deshalb nicht so abwegig, als man anzunehmen geneigt war. Die bewußte Gesetzwidrigkeit (dolus) schließt die bewußte Gesetzesumgehung (fraus) in sich ein. Daraus folgt, daß dem fraudulosus in Paulus' Formel (fr. 1,3 Dig. 47,2) keine selbständige Bedeutung zukommt.

---

[1]) Mommsen S. 87 Anm. 3.

[2]) Dazu vgl. Rein S. 314 Anm. Er irrt aber, wenn er meint, fraudulosus diene zur Individualisierung des dolus und als Beschränkung des ursprünglich weiteren Begriffs des furtum.

[3]) Vgl. oben S. 22. Mommsen S. 741 Anm. 2. Voigt, XII Taf. II S. 554. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 359.

[4]) Birnbaum S. 158 f.

[5]) Schrader, Institutionenausgabe S. 581.

[6]) Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 359 Anm. 29. Schon Cujaz tom. IVc. 647 nahm an, daß contrectatio fraudulosa der interversio gleich zu setzen sei. S. darüber oben S. 13. Auch Unterholzner I S. 201 Anm. 201.

Der animus lucri faciendi.

§ 8.

Ferner gehört zum subjektiven Tatbestand des furtum der animus lucri faciendi, welchen bereits Sabinus kannte. Die Besitzrechtsaneignung ist für sich allein noch kein furtum. Das qualifizierende Moment, welches hinzukommen muß, ist der animus lucri faciendi. Auf das furtum possessionis bezogen, müssen wir dann sagen: Der fur eignet sich den Besitz an, um sich rechtswidrig zu bereichern. Bei Paulus steht der animus lucri faciendi in Konnex mit fraudulosus, besonders mit dem hierin enthaltenen dolus. Vereint bilden fraudulosus und animus lucri faciendi das, was die Römer anderswo den „animus furandi" nennen[1]).

Dieser dolus des fur äußert sich in der Aneignung einer res zum Zwecke der rechtswidrigen Bereicherung, allgemein gesagt: in einem Unrecht[2]) Der Täter muß also wissen, daß er mit der Aneignung einer res in das rechtlich geschützte Interesse eines anderen eingreift, er muß wissen, daß die res für ihn eine fremde ist und daß er kein Recht an ihr hat. Vermutet der fur — oder ist er sogar überzeugt — daß die res von ihrem Eigentümer derelinquiert ist, so liegt kein furtum vor: sed et si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur. (fr. 43,6 Dig. 47,2). Umgekehrt ist ein furtum ausgeschlossen, wenn der Täter durch die Aneignung in die Rechtssphäre eines anderen eingegriffen zu haben glaubt, der Eigentümer aber die res derelinquiert hat: fr. 43,5 Dig. 47,2. Juristisch irrelevant wird es sein, ob der Irrtum des fur wesentlich war oder nicht. Zweifelhaft ist es, ob die Meinung, die res sei nullius, den subjektiven Tatbestand des furtum ausschließt. In den Pandekten befinden sich einige interessante Stellen: fr. 9,8. fr. 31,1. fr. 44 Dig. 41,1[3]). Selbst wenn der Eigentümer mit Willen seine Gegenstände über Bord wirft, um das Schiff vor dem Untersinken zu bewahren, soll doch — nach Gaius, Paulus und Ulpianus — ein furtum dann vorliegen, wenn jemand die Gegenstände sich widerrechtlich aneignet. Wie erklärt sich das? Der Unterschied von Besitz und Eigentum im römischen Recht wird

---

[1]) Vgl. fr. 43,8. fr. 76 (75) Dig. 47,2. fr. 41,1 Dig. 9,2. Karlowa II S. 784. Mommsen S. 741. Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 368 Anm. 85.

[2]) Der verbrecherische Wille allein macht noch nicht das furtum aus: fr. 1,1 Dig. 47,2. Mommsen S. 96. Unterholzner I S. 203.

[3]) Dazu Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 360 Anm. 35. Im folgenden ist fr. 9,8 benutzt.

hier aufs beste exemplifiziert. In jenem Beispiel des Gaius hat der Eigentümer nur den ernstlichen Willen, den Besitz seiner Güter aufzugeben, nicht auch das Eigentumsrecht an denselben; dann verliert er tatsächlich nur den Besitz, nicht das Eigentum. So ausdrücklich fr. 9,8 Dig. 41,1: Gaius libro 2 rer. cott. sive aur:

> hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciunter, quod quis eas habere non vult....

Das furtum ist in diesem Falle ein furtum possessionis, obgleich die res in niemandes Besitz gewesen ist[1])! Eine Ausnahme von der Regel bildet dieser Fall nicht. Wenn demnach Aneignung des Eigentums und des Besitzrechts für das furtum nicht verlangt werden, so auch nicht possessio und tatsächliche Innehabung. Für die Verwirklichung des Tatbestandes des furtum possessionis genügt es folglich, daß sich jemand das Besitzrecht aneignet. Die tatsächliche Innehabung ist bei diesem Delikt gänzlich belanglos[2]). Damit sind die Bedenken Ferrinis gegen den Ausdruck furtum possessionis aus dem Wege geräumt. Man darf den Begriff nicht streng nach dem Worte possessio interpretieren.

Wie stellen sich die Juristen zu der Frage des Putativdelikts? Wie, wenn der Täter glaubt, sich widerrechtlich den Besitz einer fremden res angeeignet zu haben, der Eigentümer jedoch das eigenmächtige Tun billigt, wenn er etwa will, daß der Täter für ihn — den Eigentümer — das Besitzrecht ausübe? Pomponius und Ulpianus widersprechen sich in diesem Falle. Ulpianus libro 42 ad Sab. (fr. 46,8 Dig. 47,2):

> Si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus.

1) Nur Cervidius Scaevola, ungefähr zur selben Zeit lebend wie Gaius und Paulus (vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen d. R. R. Leipzig 1888 S. 194), ist — nach Ulpianus' Bericht — in fr. 1,15 Dig. 47,4 anderer Ansicht. Vgl. Unterholzner I S. 208. 209. 211. Auch Wächter, Weiskes R. Lex. III S. 360 Anm. 35, der aber anscheinend Cervidius Scaevola mit Mucius Scaevola verwechselt.

2) Man lese fr. 19,6 Dig. 47,2 (Ulp.): Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat. Irrtümliche Bezeichnung (fr. 29,9 h. t.) bei Ferrini, Arch. giur. XLVII p. 434.

Man wird sich Ulpianus anschließen müssen, wenn Windscheids[1]) Behauptung zu Recht bestehen soll:

> Notwendig (zum furtum) ist Unrecht und Bewußtsein dieses Unrechts; Unrecht ohne Bewußtsein des Unrechts genügt ebensowenig wie das Bewußtsein des Unrechts ohne Unrecht.

Ist des Täters Absicht nicht darauf gerichtet, sich ex alieno largiri, will er aus bloßer Schadensfreude jemandem Schaden zufügen, so liegt kein furtum vor. Paulus libro 9 ad Sab. (fr. 22 pr. Dig. 47,2):

> Si quid fur fregerit aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, eius nomine cum eo furti agere non potest.

Andererseits ist der animus lucri faciendi nicht gleichbedeutend mit „habsüchtig" oder „gewinnsüchtig". Das beweisen: fr. 39. fr. 83 (82),2 Dig. 47,2. fr. 15 Dig. 12,4. Es ist nicht einmal notwendig, daß die Absicht des fur auf bleibenden Gewinn gerichtet ist. Ja sogar genügt es, wenn der Commodatar z. B. die geliehene Sache weiter verleiht. Er ist wegen furtum zu bestrafen, da der animus lucri faciendi darin zu finden ist, daß sich der Commodatar durch die Vergünstigung einen anderen zu Dank verpflichten will. Das ist der Sinn von fr. 45 (54),1 Dig. 47,2: species lucri est... beneficii debitorem sibi adquirere.

Rückblickend darf man sagen: eine Besitzrechtsaneignung erfüllt noch nicht den Tatbestand des furtum possessionis, selbst nicht die arglistige. Es muß außerdem aus der Besitzrechtsaneignung zu ersehen sein, daß der Täter die Absicht hatte, sich irgend einen Vorteil — nicht notwendig Vermögensvorteil — rechtswidrig zu verschaffen.

[1]) Windscheid II S. 900 Anm. 4.

Drittes Kapitel.

Die privatrechtlichen Folgen des furtum possessionis.

Die actio furti.

§ 9.

Das römische Recht gibt dem durch ein furtum Verletzten zwei spezielle, aber verschiedenartige Ansprüche gegen den fur: einmal auf Strafe — dazu verhilft die actio furti — dann auf Rückgewähr der widerrechtlich angeeigneten Sache bzw. des Besitzrechts: diesem Zweck dient die condictio furtiva bzw. possessionis.

Wir beginnen zunächst mit der actio furti. Regelmäßig — und ursprünglich war nur der Eigentümer berechtigt sie anzustellen. Domino competere furti actionem constat, lesen wir bei Octavenus nach Paulus' Bericht (fr. 67 (66), 1 Dig. 47,2). Die Begründung hierfür ist leicht gefunden. Wie ersichtlich, stellen die Juristen bei der actio furti immer das Interesse in den Vordergrund und nicht das verletzte Recht. Ein Interesse hat der Geschädigte insofern, als er seinen Schaden von einem Dritten — wennschon rechtlich, so doch nicht tatsächlich, z. B. bei Insolvenz — nicht ersetzt erhalten kann. Eine Folge hieraus ist es, wenn Javolenus dem Verleiher nach Geltendmachung der actio commodati nicht auch die actio furti einräumt: si commodati (actum est), actioni furti exceptio obicitur (fr. 72 (71),1 Dig. 47,2 auch fr. 91 (90) pr. h. t.)

Hat sich jemand durch Vertrag dem Eigentümer zum etwaigen Schadensersatze verpflichtet, so ist es natürlich sein Interesse, nicht geschädigt zu werden. Es sind dies alle diejenigen, welchen gegenüber ein furtum possessionis angenommen wurde, also: der Pfandgläubiger, Entleiher, Pächter und Mieter. Dagegen haben die in einem eigentumsähnlichen Verhältnis Stehenden zwar auch die actio furti; diese ruht aber auf anderer juristischer Grundlage.

Diese Beobachtung führt sogleich einen Schritt weiter. Wir finden in den Rechtsbüchern zwei actiones furti. Wie ist das Wesen einer jeden zu charakterisieren? Beruhen beide auf demselben Rechtsgrunde? Behauptet sich jede aus eigenem Recht?

Begegnen wir zunächst der letzten Frage. Daß der Eigentümer wie die ihm Gleichberechtigten die actio furti zum Schutze ihres eigenen Rechts anstrengen können, bedarf keiner Darlegung. Kann das auch für jene anderen: den Entleiher, Pächter wie Pfandgläubiger ausgesprochen werden? Die Entscheidung ist verneinend; denn anderenfalls sähe man nicht ein, warum dann nicht auch der Tutor und negotiorum gestor[1]), welche in einem tatsächlichen Verhältnis zur Sache bzw. zum Besitze derselben stehend erscheinen, dieselbe actio furti beanspruchen können.

Die Begründung liegt auf anderem Gebiet, nämlich in dem vertraglichen Verhältnis. Da hier die Gefahr auf die Vertragsgegner (Pächter usw.) übergegangen ist, so ist es erklärlich, daß ihnen auch ein Klagerecht zugebilligt werden mußte. Das aus dem Vertrage entstandene Recht eine Klage zu erheben, war die „abgeleitete" actio furti. Klagt demgemäß ein Mieter auf Grund seines Interesses, so braucht der Eigentümer nicht zu klagen, da er ja jemanden hat, an welchem er sich jederzeit schadlos halten kann. Hier schließt die abgeleitete actio furti also die ursprüngliche aus. In dem soeben Erörterten war die Konstellation so, daß einer — der Eigentümer — hinter dem anderen — dem Mieter — stand. Verändert man sie dahin, daß sich beide Rechte an ein und derselben Sache nebeneinander betätigen, so muß jedem unabhängig von dem anderen die actio furti zukommen. Letzteres wird vor allem bei dem furtum possessionis bedeutsam und mag Pampaloni veranlaßt haben, die actio furti des Eigentümers — aus dem furtum rei — als actio furti principale, diejenige, welche aus dem furtum possessionis folgt, als actio furti secondaria zu bezeichnen.

Eine Ausführung obiger Konsequenz bietet fr. 46,1 Dig. 47,2. Ulpianus libro 42 ad Sab:

> Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli: proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam.

So wie sie hier steht, kann die Entscheidung des Juristen mißverstanden werden — wenigstens dann, wenn man sie dem

[1]) Hierzu fr. 86 (85) Dig. 47,2.

Worte nach interpretiert. Ulpianus gebraucht den Ausdruck: dividetur actio. Man könnte nun folgern: Eigentümer und Nießbraucher haben gewissermaßen die actio furti zur Hälfte, einer von ihnen kann nicht ohne den anderen klageweise vorgehen. Das dürfte nicht dem Sinn dieser Digestenstelle entsprechen. Das dividetur will Ulpianus nicht strikt auf die eine actio furti bezogen wissen, sondern auf die actio furti, welche als Oberbegriff die actio furti rei und die actio furti possessionis in sich aufnimmt[1]).

Ebenso ist die Rechtslage bei dem bonae fidei possessor und dem Eigentümer in fr. 75 (74) Dig. 47,2.

Interessant und anschaulich ist folgender Fall von Papinianus in fr. 14,6 Dig. 47,2. Ulpianus libro 29 ad Sab.:

> Papinianus scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit.

Vor näherer Erörterung dürfen wir nicht vergessen, daß dem Faustpfandgläubiger zwei Klagen zur Verfügung stehen: die actio furti aus eigenem Recht d. h. die actio furti possessionis und daneben die abgeleitete actio furti, welche auch als actio rei furti bezeichnet werden kann. Diese Überlegung ergibt, daß Pampalonis Wahl der Ausdrücke, welche vor kurzem hier angeführt wurden, nicht glücklich getroffen worden ist. Bekanntlich weist er der hier actio furti possessionis — eine umständliche aber verständliche Wortbildung — genannten Klage den Terminus „actio furti secondaria" zu, wogegen dann unsere abgeleitete actio furti eigentlich Pampalonis „actio furti principale" wäre, was er auch schließlich zugibt[2]).

---

[1]) Vgl. hierzu Pampaloni, Studi Sen. X p. 89.

[2]) Oben S. 56. Pampaloni äußert sich Studi Sen. X p. 122 so: „l'actio furti spettante ai custodi — detentori di una cosa, non è che l'actio furti spettante al proprietario accordata ad altri in sua spece. Vgl. auch p. 83. 118.

Ulpianus scheidet in fr. 14,6 Dig. 47,2 mit Bewußtsein jene beiden Klagemöglichkeiten. Er wendet den Tatbestand[1]) nach zwei Seiten: zunächst wird unterstellt, daß der verpfändete Sklave sine culpa des creditor pigneraticius widerrechtlich entwendet wurde. Die Entscheidung wird von dem Juristen dahin gefällt, daß dem Pfandgläubiger die actio furti possessionis zusteht. Hier scheint eine Divergenz zwischen Ulpianus und Paulus hervorzutreten. Ersterer will dem creditor die Klage nur bis zur Höhe seiner Forderung einräumen, für den etwa überschießenden Betrag soll dagegen die actio dem Eigentümer gegeben werden. So offenbar fr. 46,4 Dig. 47,2. Ulpianus libro 42 ad Sab.:

> .... etiam is qui pignori accepit habet furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignori debetur, habet furti actionem.

Dawider lehrt Paulus in fr. 15 Dig. 47,2: Paulus libro 5 ad Sab.:

> Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest.

Nach Paulus kann also der Gläubiger von vornherein sein Interesse bestehend in dem ganzen Wert der entwendeten Sache geltend machen. In demselben Sinne äußert er sich in fr. 88 (87) Dig. 47,2, nur daß — im Falle eines furtum suae rei — der Faustpfandgläubiger eine Kondemnation bis zur Höhe der Schuldsumme erwirken darf:

> sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.

Kehren wir zu dem fr. 14,6 Dig. 47,2 des Ulpianus zurück. An zweiter Stelle behandelt der Jurist den Fall, daß der Sklave durch Verschulden des creditor pigneraticius entwendet wird:

> si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero.

Hier haftet der creditor dem debitor aus dem Vertrage. Die Klage ist also die abgeleitete actio furti.

Diese vertragliche Haftpflicht haben die römischen Juristen im Auge, wenn sie sagen, daß jemand die Klage ex honesta causa

---

[1]) Er ist kurz gefaßt dieser: ein Sklave ist für ein Darlehn von 10 verpfändet und wird entwendet. Der Pfandgläubiger erhält durch die act. f. den Sklaven nebst den 10 zurückerstattet. Der Sklave wird wiederum entwendet. Nun folgt Ulpians Beurteilung.

habe. (z. B.: fr. 11 Dig. 47,2); denn dann ist ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung des bisherigen Zustandes vorhanden. Kurz und knapp äußert sich Ulpianus: cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet (fr. 10 Dig. 47,2).

Aber auch diese Formel galt, wie es scheint, nicht uneingeschränkt. Zum wenigsten ist sie in ihrer Allgemeinheit ungenau. Den Beweis hierfür erbringt bestens fr. 49 Dig. 47,2: Gaius libro 10 ad edict. prov.:

> Interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse. ut ecce creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest, etsi alium de creditum servare non possit: loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit. Item rei dotalis nomine, quae periculo mulieris est, non mulier furti actionem habet, sed maritus.

Die abgeleitete actio furti kann demjenigen nicht zugesprochen werden, dessen Interesse nicht einer honesta causa entstammt. Das ist der Grund, weshalb Ulpianus in fr. 12,1 Dig. 47,2 dem malae fidei possessor die „actio" furti versagt: nemo de improbitate sua consequitur actionem. Von einer ursprünglichen actio kann ebensowenig die Rede sein wie von einem Vertrage zwischen dem proprietarius und dem malae fidei possessor [1]). Daß letzterer aber ein anderes Rechtsmittel, die condictio possessionis hat, ist bereits früher ausgeführt.

Eine Bestätigung, nicht eine Ausnahme seiner Regel gibt Ulpianus in fr. 48,4 Dig. 47,2 [2]): Ulpianus libro 42 ad Sab.:

> Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus quo fur furti agere possit.

---

[1]) Für den negotior. gestor vgl. fr. 54 (53), 3 Dig 47,2; wegen des Tutors: fr. 86 (85) Dig. h. t.

[2]) Angeblich ein Fall des furtum usus. S. darüber Pampaloni, Studi Sen. XI p. 149.

Es ist ein Werkvertrag über Kleideraufbesserung abgeschlossen. Der Unternehmer verleiht das Kleidungsstück ohne Wissen und Willen des Eigentümers an den Titius, welchem es entwendet wird. Der conductor operis erhält die actio furti zugesprochen. Weshalb? In seinem Weiterverleihen ist ein Verstoß gegen die Vertragspflichten, ein Verschulden enthalten. Das mag wohl in den Worten: id faciendo furtum admiseris liegen. Für dieses Verschulden haftet der Unternehmer dem Eigentümer, quia custodia rei ad eum pertinet. Die Folge davon ist die, daß jenem die abgeleitete actio furti zugewiesen wird. Das Urteil steht somit durchaus in Einklang mit dem auf S. 58 berichteten.

Die Höhe der mittelst der actio furti eingeklagten Geldstrafe ist verschieden. Zu Grunde lag wohl immer die alte Einteilung in furtum manifestum und nec manifestum.

Die Scheidung zwischen der actio furti rei und der actio furti possessionis wird hier wieder praktisch. Bei jener ist das verum rei pretium das Minimum. So läßt sich zunächst Ulpianus vernehmen: fr. 50 pr. Dig. 47,2. Ulpianus libro 37 ad edict.:

> In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium.

Darüber hinaus ging bereits Papinianus: fr. 81 (80), 1 Dig. 47,2: Papinianus libro 12 quaest:

> Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit[1]).

Im Falle des furtum possessionis wird nur das id quod interest geschätzt, d. h. der Wert des entwendeten Besitzrechts. Hier entstehen Ansprüche auf Ersatz und auf Buße des doppelten oder vierfachen Besitzwertes (quanti possessio est), d. h. des Interesses der entzogenen Usukapion, Retention und Pfandsicherheit[2]).

Sachwert und Besitzwert hielten die Römer stets auseinander: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis. Ein treffliches Beispiel hierzu bietet fr. 21,2 Dig. 4,2 dar[3]). Paulus libro 11 ad edict.:

---

[1]) Diese hier wichtigen Worte sollen interpoliert sein. Man vgl. d. Digesten ausg. von Mommsen, Berlin 1908 p. 823 n. 8.

[2]) Rudorff zu Savigny, R. d. Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865. S. 570.

[3]) Vgl. noch fr. 76 (75) Dig. 47,2.

Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus, consequetur: aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem unda possessio cum suis fructibus.

Sicherlich wird in den meisten Fällen des furtum possessionis das id quod interest geringer sein als der Wert der Sache selbst und letztere nicht übersteigen[1]). Eine Sonderheit besteht nur für den Fall des furtum possessionis, in welchem der Eigentümer seine eigene Sache entwendet: fr. 88 (87) Dig. 47,2. Paulus libro 1 decretorum:

sed ubi debitor ipse subtraxerit pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.

Wenn alle diejenigen, welche ein Besitzrecht haben, die actio furti possessionis anzustellen vermögen, so ist schon des längeren auseinandergesetzt, daß jenen auch unter Umständen die actio rei furti gebührt.

Nicht allein gegen den eigentlichen Täter wird die actio furti verwendet, sondern auch gegen dessen Anstifter, Gehilfen sowie Hehler[2]). Für die ersten beiden finden sich folgende Quellenstellen: fr. 36,2 Dig. 47,2: Ulpianus libro 41 ad Sab.:

Idem Pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit.

Und Gaius libro 13 ad edict. (fr. 55 (54), 4 Dig. 47,2):

Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.

Wegen des Hehlers (receptator) vgl. man fr. 48,1 Dig. 47,2; § 4 Inst. 4,1.

---

[1]) Vgl. Pampaloni, Studi Sen. X p. 86 u. zu fr. 88 (87) Dig. 47,2 bes. p. 88.

[2]) Mommsen S. 746. 747. Wegen des Gehilfen vgl. (Voigt, R. Rgesch. II S. 977) fr. 6 Dig. 13,1: proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur. Die cond. f. ist also gegen den Gehilfen ausgeschlossen. S. dazu unten S. 71.

Die Teilnehmer am furtum werden bald von der Strafe des furtum manifestum betroffen, bald von der des furtum nec manifestum. Das Entscheidende ist, ob sie an der Ausführung der Tat physisch beteiligt waren oder nicht. Im letzteren Fall werden sie als nec manifesti bestraft. Paulus libro 9 ad Sab. (fr. 34 Dig. 47,2):

> Is qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur.

Im übrigen haften sie aufs ganze: fr. 21,9 Dig. 47,2.

Die actio furti ist passiv nicht vererblich, sie kann nicht gegen die Erben des Täters, Anstifters oder Gehilfen gerichtet werden, da sie eine actio poenalis ist und solche adversus heredes vel ceteros successores non dabitur. (fr. 2,27 Dig. 47,8. Auch fr. 1 pr. Dig. 47,1.)

Eine Eigentümlichkeit der actio furti war — wenigstens nach älterem römischen Recht — ihre Unverjährbarkeit: pr. Inst. 4,12. War einst die Strafe eine kapitale, so wurde sie im Lauf der Zeit vom Prätor in eine Geldstrafe umgewandelt. (Gaius III. 189. IV. 111.) Sie verlor auch mehr und mehr ihren ehemaligen öffentlichen Charakter und wurde eine Privatklage, welche als Überrest jener strengeren Zeit Infamie des wegen furtum Verurteilten zur Folge hatte. Paulus, Sent. Rec. II. 31. 15:

> Furti quoque genere condemnatus famosus efficitur [1]).

Die condictio furtiva, insbesondere die condictio possessionis.

§ 10.

Mit der actio furti ist die Betrachtung über die Klagebefugnisse in betreff des furtum und gerade des furtum possessionis nicht abgeschlossen. Wie bekannt, gab das römische Recht dem Geschädigten außerdem die actio ad exhibendum, die rei vindicatio und endlich noch die condictio furtiva bzw. possessionis [2]). Diese eigentümliche Klagenhäufung findet sich z. B. bei

[1]) Vgl. auch fr. 64 (63) Dig. 47,2.

[2]) Wegen des Streites, ob diese condictio, als incerti, interpoliert ist (Pflüger, v. Mayr, Trampedach) oder nicht, vgl. man Girard p. 614 n. 2. Schon Pernice in Labeo III S. 203 bezweifelt die Echtheit der condictio incerti in den Quellen, nimmt aber (S. 210 Anm. 2 sub 2) die condictio possessionis nicht dazu.

Ulpianus in fr. 7,1 Dig. 13,1 auch bei Gaius in fr. 55 (54), 3 Dig. 47,2[1]) und in fr. 12,2 C. 6,2.

Abgesehen von der actio ad exhibendum[2]), muß es befremden, daß neben der allumfassenden rei vindicatio noch die condictio furtiva steht, welche Klagen man — wenigstens beim furtum — wechselweise und unabhängig voneinander geltend machen konnte. Mutatis mutandis enthält dies fr. 24 Dig. 25,2. Ulpianus libro 5 regularum:

> Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione uti.

Wie ist dieses Phänomen zu erklären? Die condictio furtiva ist nach Gaius X.18[3]) eine persönliche Klage, die rei vindicatio eine dingliche. Wenn jene nur auf die Bereicherung des fur gerichtet sein soll, so wäre das wohl durch eine kleine Veränderung der rei vindicatio zu erreichen gewesen. Die Tendenz der rei vindicatio wie der condictio furtiva ist die nämliche: sie haben Eigentumsverlust zur Voraussetzung und erstreben Beseitigung desselben[4]). Aber andererseits divergieren beide Klagen, während die condictio furtiva über die rei vindicatio hinaus geht, konn sie nicht, wie letztere, gegen dritte geltend gemacht werden[5]); denn daran hindert sie ihre juristisch persönliche Natur. Überdies wendet sich die condictio furtiva gegen den Erben des fur, wodurch sich ihr Geltungsbereich über die actio furti hinaus erstreckt. Ein Widerspruch zwischen der rei vindicatio und der condictio besteht nicht, sie beruhen auf verschiedener juristischer Basis, berühren sich wohl, haben aber nicht den gleichen Inhalt. Jene Bemerkung des Gaius, daß beide Klagen dem Geschädigten „odio furum" eingeräumt seien,

[1]) Vgl. fr. 9,1 Dig. 47,2 (Pomponius) und Siber, Passivlegitimation bei d. rei vind. Leipzig 1907 S. 143.

[2]) S. hierzu Siber S. 21 und 24 f.

[3]) Vgl. § 15 Inst. 4,6.

[4]) fr. 55 (54), 3 Dig. 47,2: — condictio vero et vindicatio ad rei reciperationem —. fr. 21,5 Dig. 25,2: — rei persecutionem continet . . . sicut et condictio furtiva —. Vgl. noch Siber S. 25. Hinsichtlich der Tendenz der Kondiktionen: Pernice, Labeo III S. 214.

[5]) Vgl. einerseits Brinz II S. 527 Anm. 31, andererseits Bolze, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 78 S. 436. Darum richtet sich auch wohl die condictio nicht gegen den Gehilfen des fur. Vgl. unten S. 71.

ist offenbar nur eine äußerliche, welche nichts darüber enthält, warum beide nebeneinander bestehen konnten[1]).

Der Tatbestand der condictio furtiva ist eine durch Delikt (furtum) entstandene Obligation, welche zur Beseitigung des rechtlich grundlos bestehenden Zustandes und zur Wiederherstellung des bisherigen verpflichtet. Sachlich ist das gleichbedeutend mit „ungerechtfertigter Bereicherung" des fur, wenn man nur berücksichtigt, daß diesem kein Recht auf den Erwerb zusteht[2]). Damit läßt sich dann auch vereinigen, daß mit der condictio furtiva der Betrag der „Bereicherung", welcher das äußerste Interesse überschreitet, geltend gemacht werden konnte: fr. 3 Dig. 13,1[3]). Und es ist zugleich ausgesprochen, daß die condictio furtiva, wennschon ihrer Voraussetzung, so doch ihrem juristischen Grunde nach keine Deliktsklage ist[4]).

Wenn das Recht auf die condictio immer dort entsteht, wo durch Nichtsollen ein unrechtmäßiger Erwerb stattgefunden hat und das so Erlangte wieder zurückgegeben werden muß, so kann das der condictio unterworfene Objekt — neben der allgemeinen res — auch die possessio sein. Und dementsprechend wird man bei dem furtum possessionis[5]) von einer condictio rei furtiva und einer condictio furtiva possessionis sprechen dürfen: Der Eigentümer erwirbt die erstere, der bloße Besitzer — etwa der creditor pigneraticius — wendet die zweite an[6]), welche im Fall des furtum suae rei allein gegeben wird.

Allgemein wird betont, daß die condictio furtiva nur und allein dem Eigentümer (und seinem Erben) zukomme, d. h. demjenigen, welcher im Augenblick des furtum Eigentümer ist[7]). Zur

---

[1]) Der Hinweis Dollmanns S. 50 auf fr. 25 — auch fr. 6,5 — Dig. 25,2 ist verfehlt. Diese Stellen handeln von der condictio ex iniusta causa. Vgl. Brinz II S. 525. 528. Über das Verhältnis der condictio zur rei vindicatio sagen sie nichts. Vgl. jedoch fr. 1 C. 4,8. — Ähnlich nichtssagend drückt sich Pomponius (= Ulpianus) bei der Häufung der actio depositi, der actio locati conducti und der actio ex recepto in einem einzigen Falle aus: fr. 3,1 Dig. 4,9. — Für Ursprung und Wesen der condictio ist besonders wichtig Pernice, Labeo III S. 233.

[2]) Vgl. hierzu Pernice, Labeo III S. 216 und die in Anm. 1 angeführten Quellenstellen; sowie S. 232.

[3]) Anders, wie es scheint, Pernice, Labeo III S. 232.

[4]) Ähnlich Mommsen S. 757.

[5]) Pernice, Labeo III S. 231 erwähnt beiläufig, daß die condictio possessionis der condictio furtiva nächstverwandt ist.

[6]) Zur Ergänzung vgl. man § 18 Inst. 4,6 und fr. 1,4 Dig. 43,17 sowie Brinz II S. 525 auch Voigt, Cond. S. 329.

[7]) Nicht etwa allgemein dem Eigentümer vgl. Brinz II S. 526 Anm. 22.

Illustration wird üblicherweise des Ulpianus' Äußerung in fr. 1 Dig. 13,1 hinzugezogen. Ulpianus libro 18 ad Sab.:

In furtiva re soli domino condictio competit.

Auf Grund dieser Pandektenstelle ist die direkte Klage jedem Nichteigentümer abgesprochen worden. Hiergegen läßt sich geltend machen, daß der Jurist nur eine Gegenüberstellung zur „actio“ furti bezweckte[1]). Allein diese Hypothese bringt uns nicht weiter. Man empfindet es als unbilliges Privileg des Eigentümers, — von dem Erben sehen wir füglich ab —, daß ihm nur in jedem Falle die condictio furtiva verliehen wird. Denn diese Tatsache würde die condictio praktisch fast illusorisch machen. Um sie jedem Nichteigentümer, z. B. dem Pfandgläubiger, Nießbraucher, ja auch dem Pächter zu verschaffen, ist folgende Konstruktion versucht worden[2]). In fr. 22,4 C. 6,2 wird dem Ehemanne eine ihm geliehene Sache von seiner Ehefrau entwendet. Justinianus spricht ersterem die actio rerum amotarum zu, weil die actio furti „propter matrimonii pudorem“ versagt ist. Von dieser actio rerum amotarum sagt nun bekanntlich Gaius, daß sie einer condictio gleich zu setzen sei: rerum amotarum actio condictio est. (fr. 26 Dig. 25,2.) Da der Ehemann als Entleiher mit der actio rerum amotarum dasselbe erreicht, wie vermittelst der condictio furtiva, so sei hieraus die allgemeine Schlußfolgerung zu entnehmen, daß auch jeder Nichteigentümer durch die condictio furtiva geschützt wird. Indessen, dieser Argumentation steht folgendes entgegen. Jene Identifizierung des Gaius liegt nicht in der juristischen Wesensgleichheit der actio rerum amotarum und der condictio furtiva, sondern einzig und allein in der gleichen praktischen Tendenz.

Ein anderer Weg scheint eher zum Ziel zu führen[3]). Zunächst seien einige wichtige Digestenfragmente vorangestellt:

Papinianus libro 12 quaest. (fr. 81 (80),7 Dig. 47,2):

Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratore creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei actio furti (sc. condictio furtiva), quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio.

---

1) Vgl. Windscheid II S. 903 Anm. 8.
2) Von Windscheid II S. 903 Anm. 11. Auch Dernburg, Pfandr. II S. 400.
3) Vgl. auch Voigt, Cond. S. 329. 772.

Ulpianus libro 18 ad Sab. (fr. 2 Dig. 13,3):

> Ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus[1]) scribit et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat. Ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Ulpianus libro 30 ad edict. (fr. 22 pr. Dig. 13,7):

> Si pignori subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus ...

Ulpianus libro 38 ad edict. (fr. 12,2 Dig. 13,1)[2]):

> Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

In diesen Zusammenhang wird oft fr. 25,1 Dig. 47,2 gebracht[3]):

Ulpianus libro 41 ad Sabinum:

> Si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest, re mobili subrepta.

Diese Stelle handelt wohl von einem furtum rei und possessio ist hier im Sinne von Grundbesitz zu verstehen. Die condictio ist demnach eine conditio rei furtiva, was Celsus' Parallele: quemadmodum potest re mobili subrepta andeutet[4]).

---

[1]) Die Vermutung liegt nahe, daß die Besitzkondiktion von Sabinus herrührt. Man beachte die zweifellos hierher gehörigen Stellen: fr. 5,1 Dig. 7,5: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus probat. Und fr. 31,1 Dig. 12,1: servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculis, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere. Außerdem fr. 17,5 Dig. 19,5.

[2]) Vgl. Pernice, Labeo III S. 210 Anm. 2, welcher hier von einer „sonderbaren condictio (furtiva) incerta des Pfandgläubigers" spricht.

[3]) Trampedach, Savigny-Ztsch. R. A. Bd. XVII S. 103. 109. 110. Pflüger, ebenda Bd. XVIII S. 106. 109. 110—112 und v. Mayr, Condictio d. röm. Privatrechts. Leipzig 1900 S. 217. 221 nehmen an, daß die hier angezogenen Stellen interpoliert sind. In gleichem Sinne auch Gradenwitz, Interpolationen Berlin 1887 S. 128.

[4]) Wie hier Voigt, Cond. S. 330 Anm. 279. A. A. Bekker, R. d. Bes. S. 286. Bolze, Arch. f. z. Pr. Bd. 79 S. 206. Brinz II S. 508 Anm. 23. Windscheid II S. 902 Anm. 13 u. 16.

Um jene, soeben zitierten, Rechtsfälle besteht in der Litteratur ein noch nicht geschlichteter Streit. In fr. 22 pr. Dig. 13,7 soll für fiducia das spätere pignus interpoliert sein, wie wir es schon bei Voigt[1]) und dann auch bei Oertmann, Ferrini[2]) und Pampaloni[3]) behauptet finden. Diese Hypothese kann die conditio possessionis nicht beseitigen, da die Einsetzung des pignus für die fiducia zum wenigsten für das justinianische Recht berechtigte Geltung hatte. Und das ist immerhin zu berücksichtigen[4]). Die condictio, von welcher in den referierten Stellen die Rede ist, bezeichnet man als condictio furtiva possessionis. Sie ist eine condictio incerti, da ein quidquid dare facere oportere die intentio bildet. Objekt dieser Klage ist die possessio[5]) z. B. des Pfandgläubigers, welcher durch die Aneignung der possessio seitens des fur geschädigt und verletzt wird. Neben der direkten condictio possessionis des bloßen Besitzers bleibt unabhängig davon die condictio rei furtiva des Eigentümers bestehen[6]). In den Fällen, in welchen eine Parallele beider Kondiktionen nicht besteht, muß natürlich die eine oder die andere entfallen. So ist beim Zustandekommen des furtum suae rei die condictio rei furtiva ausgeschlossen und auf der anderen Seite, wenn wir wieder an fr. 1 Dig. 13,1 anknüpfen, ist kein Grund vorhanden, von einer condictio furtiva possessionis zu sprechen, wenn es sich nur um ein furtum rei handelt: in furtiva r e soli domino condictio competit.

Daß beide Kondiktionsarten sich auf bewegliche wie unbewegliche Sachen erstrecken, gilt unbeanstandet[7]). Dabei muß dann vorausgesetzt werden, daß die Römer auch ein furtum fundi gekannt haben. Andernfalls wäre die Schlußfolgerung höchst seltsam. Die Prämisse dieser Abhandlung findet also ihre Bestätigung, auch die,

[1]) Voigt, XII Taf. II S. 166 Anm. 1. (falsch zit. b. Ferrini, Rivista Ital. p. 175 n. 3.)

[2]) Ferrini, Rivista Ital. p. 175 n. 3, wonach Oertmann zitiert ist.

[3]) Pampaloni, Stud. Sen. X p. 90. 91. Außerdem Lenel nach Digest. Ausg. v. Mommsen p. 214 n. 16. Auch Girard p. 409 n. 3.

[4]) In demselben Sinne Bolze, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 78 S. 431. Hierzu vgl. man auch Pernice, Labeo III S. 210 Anm. 2 sub 2.

[5]) Zustimmend Pernice, Labeo III S. 218; wobei daran erinnert sein mag, daß possessio als allgemeiner Ausdruck für das rechtlich geschützte Besitzverhältnis gewählt worden ist.

[6]) Ferrini, Rivista Ital. p. 173 n. 1. Brinz II S. 527.

[7]) Z. B. Windscheid II S. 902 Anm. 16.

daß die gewaltsame Besitzentsetzung noch unter den Oberbegriff des furtum zu stellen ist[1]). So sagt denn schließlich Voigt[2]):

> Diese Lehrmeinung (des Sabinus in betreff des furtum fundi) gewann lediglich für die condictio furtiva kanonische Geltung.

Zudem ist es im römischen Recht nichts Seltenes, daß ein Tatbestand für bewegliche und unbewegliche Sachen anerkannt wurde. Es sei nur auf die interdicta recuperandae und retinendae possessionis verwiesen[3]).

Interesse erweckt noch der Rechtsfall des furtum suae rei. Wie gesagt, kann hier nur die Möglichkeit einer condictio furtiva possessionis in Frage kommen. Steht dieser Klage nicht die Einwendung des Eigentumrechts entgegen? Man wird geneigt sein, eine bejahende Antwort zu erteilen. So argumentieren Ihering[4]) und auch Voigt[5]), unter Hinweis auf fr. 14 Dig. 44,4 und fr. 33 Dig. 12,6. Man geht davon aus, daß die Berufung auf das Eigentum nicht eine Einwendung sei, sondern ein Bestreiten, daß die erfolgte Besitzveränderung und -verschiebung eine ungerechtfertigte genannt werden könne. Das direkte Gegenteil hiervon behauptet Bruns[6]). Es sei den Kondiktionen eigentümlich, daß der Beklagte den rechtlich grundlos erlangten Vorteil zurückgewähren muß. Dieses Prinzip müsse auch bei der condictio possessionis gewahrt werden, wenigstens dann, wenn die Klage des Geschädigten nach Grund und Gegenstand zu Recht erhoben ist. In diesem Fall hätte dann der Eigentümer den Besitz iniusta causa erlangt, und der Besitzer wäre des commodum possessionis verlustig gegangen. Nur bei offenbarer Berechtigung des Eigentumseinwandes könne der condictio des Besitzers die exceptio doli aus dem Eigentum wirksam entgegentreten.

Das Richtige liegt in der Mitte. Jene Behauptungen Iherings und Voigts, daß die petitorische Einwendung den possessorischen Anspruch stets absorbiere, geht zu weit. Das Recht des Eigentümers auf den Besitz ist nicht ausschlaggebend, vielmehr ist im konkreten Fall in Betracht zu ziehen, ob nicht der dominus gerade diesem

[1]) Brinz II S. 524 u. bes. Anm. 9.
[2]) Voigt, R. Rgesch. II S. 968.
[3]) Vgl. Bekker, R. d. Bes. S. 329.
[4]) Ihering, Besitzschutz S. 137. 138.
[5]) Voigt, Cond. S. 331 Anm. 280.
[6]) Bruns, Besitzklagen S. 203 ff. bes. S. 204.

Kläger gegenüber verpflichtet ist, dessen Besitzrecht anzuerkennen, wie z. B. im Falle der bonae fidei possessio, des Pfandbesitzes. (fr. 54 (53), 4 Dig. 47,2)[1]).

Wurde im vorstehenden die Art der condictio possessionis behandelt, so ist nun noch einiges über den Umfang derselben zu sagen. Wie schon mehrfach betont, geht die condictio possessionis — da in allen diesen Fällen die Besitzrechtsaneignung ein furtum ist — trotz Rückgewährung des Besitzes, sogar noch auf Ersatz des ganzen Interesses des Kondizenten. Paulus libro 9 ad Sabinum (fr. 3 Dig. 13,1):

> Si condicatur . . . ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est quod intersit agentis . . .

Ebensowenig, wie man hier von einer Deliktsklage sprechen kann, ist auch die Behauptung einer reinen Bereicherungsklage abzulehnen. Vielmehr beruht die condictio possessionis auf einer durch ein furtum entstandenen Obligation.

Es interessiert hier nur derjenige Fall des furtum possessionis, wo der fur ein Dritter ist und sowohl von dem Eigentümer wie auch von dem Nurbesitzer in Anspruch genommen wird. Hier scheidet sich der Wert des Besitzes durchaus von dem der res, und es taucht die Frage nach dem pekuniären Wert jenes auf. Man kann darüber streiten, wie der Besitz juristisch zu qualifizieren ist, jedenfalls sehen wir in ihm einen Teil des Vermögens, ein schätzbares Gut. Und, da letzten Endes eine jede Schätzung ein Vergleich ist, so hat der Besitz auch irgend welchen Wert[2]).

Noch Servius mühte sich vergebens, den Besitzwert zu schätzen:

> Servii sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est. (fr. 3,11 Dig. 43,17)[3]).

---

[1]) Auch fr. 15,1 Dig. 12,6: etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem und dazu Bolze, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 79 S. 209.210. Ferner Ubbelohde S. 657. Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz in d. Festschrift f. d. jur. Fakultät in Gießen 1907 S. 267.

[2]) Man vgl. nur fr. 49 Dig. 50,16 (Ulpianus): in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria siut.

[3]) Beiläufig sei bemerkt, daß fr. 3,11 ein Beispiel für die Geldkondemnation im römischen Recht bildet. Vgl. Regelsberger S. 258.

Er schätzte den Wert des Besitzes nicht höher ein als den der Sache. Diese Ansicht wurde aber später beiseite geschoben. Gleich danach schreibt Ulpianus:

> sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, longe possessionis.

Eine ähnliche Differenzierung des Wertes der res und der possessio bemerkt man bei Paulus: Paulus libro 11 ad edict. (fr. 21,2 Dig. 4,2):

> Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim, quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus[1]. quod et Pomponius.

Wenn Besitzwert und Sachwert nicht identisch sind, so gibt es auch keinen zwingenden Grund anzunehmen, daß ersterer zu dem zweiten in dem Verhältnis eines minus zum plus steht[2]. Auch wird die condictio possessionis nicht dadurch behoben, daß der fur gehalten wird, den Wert des Besitzens, d. h. das konkrete und individuelle Interesse des betreffenden Besitzers an dem Bestande seines Besitzrechts zu erstatten. Bei der condictio possessionis kann nicht allein das „quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere“ des Ulpianus ausreichen. Da sie in Parallele mit der condictio rei furtiva gestellt wurde, so muß auf die hierfür geltenden Vorschriften zurückgegangen werden. Entscheidend ist diese Erörterung des Ulpianus in fr. 8,1 Dig. 13,1: Ulpianus libro 27 ad edict.:

> Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur.

Wendet man diese Entscheidung auf das furtum possessionis an, so ergibt sich als der Umfang der condictio possessionis der höchste Wert des Besitzes, von dem Zeitpunkt der Aneignung an

---

[1]) Zutreffend ist, daß für die Abschätzung des Wertes der nuda possessio nicht ein absoluter Maßstab angelegt wurde; denn das wäre eine irrationelle Einengung der Gesetze gewesen, sondern daß die causa possessionis mit berücksichtigt werden mußte. So insbesondere die (dieses Thema nicht berührenden) Ausführungen bei Siber, Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig 1907 S. 165.

[1]) Anders, wie es scheint, Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz in d. Festschrift f. d. jur. Fakultät in Gießen 1907 S. 259.

bis zur Geltendmachung der Klage gerechnet. Es ist unerheblich, ob die entwendete res — mit welcher der Besitz verbunden ist — in der Zwischenzeit dem fur abhanden kommt oder bei ihm untergegangen ist, ob dies durch Zufall oder durch sein Verschulden geschah, immer gilt der Satz: fur semper moram facere videtur. Pomponius libro 38 ad Quint. (fr. 16 Dig. 13,1):

> Qui furtum admittit . . . condictione quoque ex furtiva causa obstringitur . . . etiam si sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur . . .

Dagegen erlischt die condictio possessionis mit der Wiedererlangung des Besitzes: fr. 55 (54), 3 Dig. 47,2; denn dann ist ihr Zweck erreicht.

Die condictio furtiva rei wie possessionis begründet vermöge ihrer persönlichen Natur nur Ansprüche gegen den eigentlichen Täter und dessen Universalsukzessor[1]): fr. 5 mit fr. 7,2 Dig. 13,1. Somit erklärt sich auch der Umstand, daß ein Sklave, welchem die selbständige kontraktliche Verpflichtungsfähigkeit fehlt, nicht mit der condictio belangt werden kann: Celsus libro 12 digest. (fr. 15 Dig. 13,1):

> Quod ab alio servus subripuit, eius nomine liber furti tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.

Aus demselben juristischen Grunde richtet sich die condictio nicht gegen den Gehilfen des fur. Ulpianus libro 38 ad edict. (fr. 6 Dig. 13,1)[2]):

> Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur.

Dagegen gibt Ulpianus beim Ehegattendiebstahl auch gegen den Gehilfen die actio rerum amotarum: in fr. 19 Dig. 25,2 und in fr. 52,2 Dig. 47,2. Damit gerät er nicht in Widerspruch zu seinen oben berichteten Worten: die condictio furtiva und die actio rerum amotarum haben nur dieselbe praktische Tendenz gemeinsam, nicht auch den juristischen Grund.

---

[1]) Die Erben haften nicht — wie bei der actio furti — bis zur Höhe der erlangten Bereicherung, sondern in solidum: fr. 9 Dig. 13,1. Brinz II S. 525.

[2]) Wegen fr. 53,2 Dig. 50,16 vgl. Windscheid II S. 834 Anm. 4 u. bes. S. 902 Anm. 5. Voigt, Cond. S. 391 Anm. 335a. Mommsen bemerkt S. 757 Anm. 6 zu fr. 6 Dig. 13,1: „Der Grund der Ausschließung der Gehilfen ist vielleicht darin zu suchen, daß die diebische Attrektation als Versuch des Eigentumserwerbs gefaßt und für diese substituiert ward."

III. Anhang.

Das furtum possessionis im heutigen Recht.

§ 11.

a) im Strafrecht [1]).

Auch die heutigen Rechtssysteme enthalten das Delikt des furtum possessionis, aber in wesentlich anderer Gestalt [2]). Am merklichsten zeigt sich wohl der Einfluß des römischen Rechtsinstitutes in unserem Strafgesetzbuch.

Der hier in Frage kommende § 289 lautet:

> Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neun hundert Mark bestraft.
>
> Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.
>
> Der Versuch ist strafbar.

[1]) Litteratur zu § 289 StGB.:

Binding, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil Bd. I 2. Aufl. Leipzig 1902. Derselbe, Die Normen Bd. II Leipzig 1877. Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß 10. Aufl. Berlin 1906. Dreykluft, Der § 289 StGB.'s und sein Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen. Erlangen Diss. 1896. Frank, Strafgesetzbuch 5.—7. Aufl. Tübingen 1908. Harburger in Vgl. Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts. Bes. Teil Bd. VI Berlin 1907. Lenz, Der strafrechtliche Schutz d. Pfandrechts. Stuttgart 1893. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl. Berlin 1905. Meyer-Allfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. 6. Aufl Leipzig 1907. Olshausen, Kommentar z. Strafgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1910. Stein, Die Einwirkung des neuen bürgerl. Rechts auf d. Anwendungsgebiet des § 289 d. R. St. G. B. s. Fürth und Nürnberg 1902.

[2]) Im folgenden ist nur das deutsche Recht berücksichtigt, in betreff des ausländischen Rechts vgl. Lenz S. 231 ff. und Harburger S. 326 ff.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des § 247 Absatz 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

Jene Umschreibung des römisch-rechtlichen furtum von Paulus in fr. 1,3 Dig. 47,2 stimmt nicht mehr mit dem heutigen Diebstahlsbegriff des § 242 StGB. überein. Ersteres ist einesteils enger, einesteils weiter: enger insofern, als heute nicht mehr eine gewinnsüchtige Aneignung, der animus lucri faciendi, erfordert wird, sondern die Absicht rechtswidriger Zueignung genügt; weiter insofern, als das furtum im Sinne der Römer jede unberechtigte Aneignung der Sache umfaßt. Aber letzteres gilt nur mit Beziehung auf § 242 StGB.; denn in Wirklichkeit ist im StGB. das römisch-rechtliche furtum nur in seine Unterarten zerlegt und in gesonderten Paragraphen untergebracht worden. Das furtum rei enthalten § 242 und § 246 StGB. — das furtum schließt in sich die Unterschlagung ein —, das furtum usus finden wir in § 290 StGB. modifiziert wieder und dem § 289 StGB. liegt der Gedanke des furtum possessionis zu Grunde.

Lenz sieht in § 289 StGB. ein „Delikt des Vertragsbruches" (S. 4). Selbst in ihrer allgemeinen Fassung ist diese Bezeichnung ungenau, sie ist nur für den Einzelfall zutreffend, wo der Eigentümer seine eigene, auf Grund eines Vertrages übergebene Sache dem berechtigten Gläubiger wegnimmt. Aber der Kreis des § 289 StGB. ist ein weiterer. Damit berühren wir die Frage nach der richtigen Benennung dieses Delikts. Am häufigsten findet sich bei den Schriftstellern der Ausdruck „Pfandkehr" oder „Pfandkehrung", das Reichsgericht verwendet die Bezeichnung „Besitzanmaßung" (z. B. in RG. Bd. 7 S. 303) und „Besitzentwendung" (z. B. in RG. Bd. 7 S. 325 und Bd. 13 S. 435), Harburger[1]) tauft das Delikt des § 289 StGB.: „Besitzrechtsstörung". Auch im heutigen Recht erschöpft sich in diesem Ausdruck nicht das Wesen des Delikts. Die ersten Termini lassen glauben, daß man es in § 289 StGB. nur mit dem strafrechtlichen Schutz des Pfandrechts zu tun habe: in der Tat ist dies die Lehre von Lenz[2]). Wenn zwar der Paragraph dies implicite enthält, so spricht er aber auch von einem

[1]) Vgl. oben S. 32. Früher schon Binding, Lehrb. I S. 317 Anm. 3.
[2]) So auch Binding Lehrb. I S. 317 Anm. 3, der gleichwohl das Wesen des Delikts nicht verkennt. Er beklagt den Mangel eines terminus technicus.

Nutznießer, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsberechtigten. Wenn auch äußerlich diese Rechte dem Pfandrecht gleichkommen, so ist der innere Unterschied um so größer: man kann z. B. ein Retentionsrecht nicht unter die Kategorie „Pfandrecht" subsummieren. Die Bezeichnung „Pfandkehr" deckt nicht den Inhalt des § 289 StGB. Die Formulierung „Besitzanmaßung" oder „Besitzentwendung", wie sie das Reichsgericht verwendet, ist, um mit Lenz[1]) zu reden, „leer". Das Reichsgericht betont stets[2]), daß es sich in § 289 StGB. um Verletzung eines berechtigten Besitzes handelt. Mit dieser Ausführung steht aber jene Benennung nicht im Einklang. Diesen Fehler hat Hacburger vermieden, indem er das Wesen dieses Delikts mit dem Wort „Besitzrechtsstörung" zu erschöpfen suchte. Doch ist der Ausdruck „Besitzrechtsaneignung" treffender[3]). Hierzu berechtigt einmal der Wortlaut des Paragraphen: er spricht von einer „Wegnahme", nicht von einer „Störung", dann ist nach unserer Gesetzessprache streng zwischen „Störung" und „Entziehung" geschieden. (Vgl. § 858 BGB. und besonders § 1004 BGB.: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung . . . des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung . . . verlangen"). Eine Besitzrechtsstörung ist keineswegs eine Besitzrechtsentziehung oder -aneignung und § 289 StGB. handelt von dieser, nicht von jener. Hier kann man nicht einwerfen, daß der seine eigene Sache wegnehmende Eigentümer unmöglich die Absicht der „Aneignung" haben kann, weil er die Sache ja durch den Pfandgläubiger usw. besitzt, daß ferner der Nichteigentümer als gewöhnlicher Dieb nach § 242 StGB. zu bestrafen wäre, wenn er die Aneignungsabsicht hätte. Demgegenüber kann man sich darauf berufen, daß der Ausdruck „Besitzrechtsaneignung" klar genug kennzeichnet, daß es sich nicht um einen Diebstahl im Sinne des § 242 StGB. handelt,

[1]) Lenz S. 102 Anm. 13. Treffend bemerkt Binding, daß die Bezeichnung „Besitzentwendung" nicht auf das Objekt, vielmehr nur auf das Mittel des Delikts hindeute (Lehrb. I S. 317 Anm. 3).

[2]) Vgl. weiter unten S. 77 Anm. 3. Auch Stein S. 4. Binding, Normen II S. 548.

[3]) Man könnte meinen, der Ausdruck sei insofern schief, als ein Recht nicht verletzt werden kann. Immerhin ist die Beeinträchtigung der Ausübung eines jem. zustehenden Rechts möglich. Außerdem zeigt gerade die Zusammensetzung an, daß zugleich eine tatsächliche Aneignung stattfindet, eben des im Besitzen sich äußernden Rechts. Vgl. hierzu Binding, Normen I S. 333 ff. und Bierling, Kritik d. jur. Grundbegriffe. Gotha 1883. Bd. II S. 62.

sondern um eine Verletzung des Besitzrechts. Das Objekt ist also für das Delikt namengebend.

Dieses ist nach § 289 StGB. der Gewahrsam eines Berechtigten. Allein und für sich kann dieser Gewahrsam nicht Angriffsobjekt sein. Nach unserem StGB. besteht er in der tatsächlichen Möglichkeit, über die Sache zu verfügen. Die Sache ist also die Grundlage für dieses Delikt. Zum Unterschied vom römischen Recht handelt es sich in § 289 StGB. nur um eine bewegliche[1]) Sache: entweder um die vom Eigentümer weggenommene eigene Sache oder um eine in Begünstigungsabsicht von einem Dritten weggenommene fremde Sache. Bei der zweiten Alternative des Paragraphen liegt das Hauptgewicht darauf, daß sie „zu Gunsten des Eigentümers"[2]) entwendet ist. Der Kreis des heutigen furtum possessionis ist demnach ein engerer als der des römischen Rechts. Wenigstens gilt dies mit Rücksicht auf § 289 StGB., de lege ferenda sollte auch derjenige Dritte, welcher eine ihm nicht gehörige Sache zu seinen Gunsten dem Besitzberechtigten wegnimmt, strafbar sein[3]). Lenz[4]) will nur den Nichteigentümer, welcher eine von ihm verpfändete, fremde Sache dem zum Besitz derselben Berechtigten in rechtswidriger Absicht wegnimmt, bestraft wissen. Diese Meinung dürfte insofern zu eng sein, als sie hier nur den Gedanken der „Pfandkehr" — nicht der Besitzrechtsaneignung als zu Grunde liegend erachtet. Das Zurückgehen auf das römischrechtliche furtum possessionis war nicht so abwegig, wie Lenz[5]) behauptet, wenn man nur die juristische Natur desselben erkannt hätte.

Ein Delikt der Besitzrechtsaneignung kennt das StGB. nur in bestimmten Fällen. Das Angriffsobjekt sind gewisse, in § 289 erschöpfend benannte Rechte auf den Besitz: die Nutznießung —

---

[1]) Interessant ist, daß in einzelnen Strafgesetzbüchern auch unbewegliche Sachen Objekt der Besitzrechtsaneignung sind, so in Norwegen. Ja: Italien, Spanien, Portugal und Rußland bestrafen nur die gewaltsame Besitzrechtsaneignung unbeweglicher Sachen. So Harburger S. 236.

[2]) Diese Wendung ist gleichbedeutend mit „im Interesse des Eigentümers" Man vgl. die ähnliche Strafbestimmung in K. O. § 242.

[3]) Binding Lehrb. I S. 320: „Jeder Dritte, der ohne Aneignungsabsicht dem Besitzberechtigten die Sache rechtswidrig wegnimmt, geht straflos aus, einerlei, ob er jemand nur ärgern oder die Sache zu Pfand haben oder geben will. Diese häßlichen Angriffe durfte das Gesetz nicht vergessen." Auch Normen II S. 549. 550. Ferner Stein S. 3. Olshausen II S. 1206. Binding, Grundriß d. Gem. deutsch. Strafrechts. II S. 175.

[4]) Lenz S. 101, vgl. noch seine Anm. 11 derselben Seite.

[5]) Lenz S. 100. 103 Anm. 14. S. 113.

richtiger würde wohl die Bezeichnung „Nießbrauch" sein[1]) —, das Pfandrecht, sowie die Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrechte. Unter die Rubrik der Gebrauchsrechte sind folgende zu rechnen: die beschränkt persönliche Dienstbarkeit des § 1090 Abs. 1 BGB. — analog dem römischrechtlichen usus, dem dinglichen Recht auf Gebrauch einer fremden Sache ohne deren Fruchtgenuß —, ferner auch persönliche Rechte, sofern die tatsächliche Möglichkeit ihrer Ausübung besteht, wie bei der Miete, Pacht und Leihe. Der Wert dieser einzelnen Rechte ist ein verschiedener, trotzdem ist es für die Strafvorschrift des § 289 StGB. gleichgültig, ob jene Rechte durch einen Vertrag oder unmittelbar kraft Gesetzes entstanden sind[2]). Das Delikt des § 289 StGB., die Besitzrechtsaneignung, beruht nun darauf, daß der Täter die Betätigung des Besitzrechts beeinträchtigt.

De lege lata ist der Täter entweder der Eigentümer einer mit einem fremden Besitzrecht belasteten Sache oder ein im Interesse des Eigentümers handelnder Dritter, nicht jeder Dritte[3]). Die erste Variante des § 289 StGB. enthält das furtum suae rei des römischen Rechts, die zweite einen Spezialfall des furtum possessionis. Es wäre wünschenswert, daß der Paragraph auch die dritte, bereits im römischen Recht gegebene, Möglichkeit berücksichtigte. Eine Vermischung mit dem gewöhnlichen Diebstahl des § 242 StGB. ist wegen der Verschiedenheit der Angriffsobjekte ausgeschlossen.

Nach § 289 StGB. muß der Täter die mit einem ius possidendi behaftete Sache dem Berechtigten „in rechtswidriger Absicht wegnehmen". Eine „Störung" ist nicht identisch mit „Wegnahme"; denn letzteres bedeutet die Entziehung der tatsächlichen Möglichkeit der Herrschaftsausübung über eine Sache[4]). Danach ist das Delikt mit der Entfernung, nicht schon mit der Besitzerlangung vollendet. Und damit ist auch gesagt, daß der Berechtigte die Sache in seinem

---

[1]) Schon das g. R. und ALR. unterstellten die Nutznießung den Regeln des Nießbrauchs. Letzterer Begriff rechtfertigt sich auch nach BGB. als Oberbegriff, da die Nießbrauchvorschriften für die Nutznießung maßgebend sind. §§ 1383, 1652 BGB. — Stein S. 6.

[2]) So auch RG. Bd. 27 S. 99 und Bd. 13 S. 40. Stein S. 32. Frank S. 486.

[3]) Vgl. Lenz S. 109.

[4]) Vgl. RG. Bd 27 S. 224 und Lenz S. 113. Der Begriff der Wegnahme ist also derselbe wie in § 242 StGB. So auch Frank S. 486. Treykluft S. 18. 26. A. A. Binding, Lehrb. I S. 318. Grundriß I S. 173 f. Olshausen S. 1205. v. Liszt S. 439.

Gewahrsam haben muß[1]); denn gegen Recht und Tatsache wendet sich das Delikt der Besitzrechtsaneignung.

Die Wegnahme erfolgt in „rechtswidriger", nicht in gewinnsüchtiger Absicht. Die Mittel und Umstände sind dabei vom § 289 StGB. nicht weiter berücksichtigt[2]). Der Ausdruck „Absicht" ist hier nicht gleichwertig mit Vorsatz oder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, bei seiner Umschreibung ist es durchaus notwendig, das Objekt der Besitzrechtsaneignung im Auge zu behalten. Dann bedeutet die Wendung „in rechtswidriger Absicht" die mit Wissen und Willen vorgenommene Verletzung und Aneignung des auf den Besitz der Sache gegründeten subjektiven Rechts[3]). Der Täter muß dem Berechtigten die Ausübung des tatsächlichen Habens der Sache und des Rechts auf dieses bewußt und gewollt vereitelt haben. Ob dabei der Berechtigte geschädigt werden sollte, ist für dieses Delikt ebenso gleichgültig wie der Umstand, daß der Täter in Bereicherungsabsicht handelte. Glaubt der Täter im Einverständnis mit dem verletzten Berechtigten die Sache sich anzueignen, so ist natürlich die „rechtswidrige Absicht" nicht vorhanden und das Delikt entfällt.

Nach Maßgabe des Strafgesetzbuches wird die Besitzrechtsaneignung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark geahndet. Das Strafmaß ist dem des gewöhnlichen Diebstahls in § 242 StGB. genähert. Man wies bei der Abfassung des Strafgesetzbuches auf die Verwandtschaft der beiden Delikte hin[4]). Und das mit Recht. Nach dem Vorhergehenden erkennt man die Analogie zwischen der „Eigentumsaneignung" (§ 242) und der „Besitzrechtsaneignung" (§ 289) ohne weiteres.

---

[1]) Anders Harburger S. 325. Über Konkurrenz der Besitzrechtsaneignung mit anderen Delikten vgl. insbesondere Binding, Lehrb. I S. 321. Treykluft S. 6—42.

[2]) Darum fällt auch die gewaltsame Besitzrechtsaneignung — trotz Mot. z. StGB. S. 63 und RG. Bd. 25 S. 437 — unter § 289 StGB. (RG. Bd. 13 S. 404.) Der Entscheidung des RG. in Bd. 25 S. 437 (Idealkonkurrenz zwischen dem Delikt aus § 289 StGB. und Erpressung) schließen sich an: Olshausen II S. 1208. Lenz S. 716. Treykluft S. 12 ff. Wieder anders Binding, Lehrb. I S. 321.

[3]) Ähnlich RG. Bd. 21 S. 312. Bd. 28 S. 351. Auch Bd. 13 S. 402. Lenz S. 107. RG. Bd. 17 S. 361 u. S. 362, wo das juristische Wesen des Delikts klar erkannt ist. Ferner Olshausen II S. 1207. Meyer-Allfeld S. 471 Anm. 7. v. Liszt S. 440. Dalcke S. 455 Anm. 31. Harburger S. 325. Anders Binding, Lehrb. I S. 320. Frank S. 487.

[4]) Vgl. z. B. RG. Bd. 15 S. 435. Anders Lenz S. 115.

b) im Zivilrecht[1]).

Welche zivilrechtlichen Folgen knüpfen sich an den Tatbestand des § 289 StGB.?

I. Direkte Klagen.

Nach den gegebenen Feststellungen war es sehr beachtenswert, die Ahndung des furtum — und damit auch des furtum possessionis — im römischen Recht auf zivilem Wege mittelst der Privatklage und dementsprechend meistens mit der Privatstrafe zu verfolgen. Ebenso lebhaftes Interesse erregt es aber zu untersuchen, welche zivilrechtlichen Folgen im Falle der Besitzrechtsaneignung im heutigen Recht entstehen können.

Das jetzige Recht scheidet das Strafrecht schärfer vom Zivilrecht, als es im römischen Recht geschah. Nach den Strafbestimmungen wird der Täter bestraft, nach denen des bürgerlichen Rechts wird er in der Regel schadensersatzpflichtig, d. h. er muß in erster Linie die gesetzwidrig innegehabte Sache zurückgeben und sofern er hierzu nicht mehr in der Lage ist, den Berechtigten entsprechend entschädigen.

Trotz und gerade wegen dieser Trennung der beiden Rechtsgebiete sind wir genötigt, uns noch einmal den Tatbestand der Besitzrechtsaneignung, wie ihn das positive Recht in § 289 StGB.

---

[1]) Im folgenden angeführte Litteratur:

Bartels, Ausführungen z. Besitzlehre d. BGB. in Gruchot Bd. 42 S. 645 ff. Bauer, Begriff d. Schutzgesetzes in § 823 Abs. 2 BGB. Frankfurt a. M. 1907. Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem dtsch. bürg. Gesetzbuch. 3 Teile. Leipzig 1901—05. Bunsen, Besitzschutz im BGB im Arch. f. bürg. R. Bd. 23 S. 69 ff. Crome, System d. dtsch. bürg. R. Tübingen 1902. Dernburg, D. bürgerl. Recht. 3. Aufl. Halle a. S. 1906. Eccius, Kurze Erörterungen in Gruchot Bd. 53 S. 1 ff. Endemann, Lehrbuch d. bürg. Rechts. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streit. R. nach d. BGB. (Abhdlg. z. Privatr. von Fischer, Bd. 4). Jena 1897. Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung d. Rechtskraft. Leipzig 1901. Isay, Geschäftsführung nach d. BGB. Jena 1900. Jung, Bereicherungsansprüche. Leipzig 1902. v. Liszt, Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898. v. Mayr, Bereicherungsanspruch. Leipzig 1903. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910. Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1906. Regelsberger, Gerichtl. Besitzschutz nach römischem Recht, nach gem. Recht und nach dem bürgerl. Gesetzb. (in d. Festschrift f. d. jurist. Fakultät). Gießen 1907. Schulz, System d. Rechte auf den Eingriffserwerb in Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 105. Staudinger, Kommentar zum BGB. 5. u. 6. Aufl. München u. Berlin 1910. Strohal, Sachbesitz nach dem BGB. in Iherings Jahrb. Bd. 38. Weyl, System der Verschuldensbegriffe. München 1905. Wolff, Recht zum Besitze (in d. Festgabe d. jurist. Gesellschaft in Berlin für R. Koch). Berlin 1903.

enthält, vor Augen zu führen. Es ist dieser: Jemand, dem ein bestimmtes — obligatorisches oder dingliches — Recht an einer beweglichen Sache zusteht, verliert durch eine bewußte und gewollte widerrechtliche Handlung des Sacheigentümers oder eines Dritten, welcher im Interesse des letzteren handelt, die tatsächliche Möglichkeit, sein Besitzrecht ausüben zu können. Objekt des Delikts ist in allen Fällen das vom Recht anerkannte Besitzverhältnis. Und dieses soll nun zivilrechtlich geschützt sein. Bei dieser Sachlage macht sich zunächst der Gedanke geltend: welche Bedeutung für das Zivilrecht hat hier der Besitz? Die Beantwortung dieser Frage ist für die folgenden Ausführungen grundlegend.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt entsprechend seiner Tendenz keine Begriffsbestimmung des Besitzes. Daher sind die Zweifelsfragen in dieser Hinsicht gerade so zahlreich wie im römischen und gemeinen Recht[1]). Noch ist der alte Streit: ist der Besitz ein Recht im juristischen Sinne oder eine Tatsache? nicht ausgetragen. Ein großer Teil der Schriftsteller[2]) sagt: der Besitz ist ein — subjektives oder absolutes — Recht. Man beruft sich hierzu auf folgende genugsam bekannten Argumente. Z. B. § 857 BGB. handelt von der Vererblichkeit des Besitzes. Vererben könne sich aber nur ein Recht, keine Tatsache. Allein diese Vorschrift sagt uns nichts über die juristische Natur des Besitzbegriffes, sondern bestimmt, daß die Rechtsfolgen des Besitzes sich ausnahmsweise an einen abnormen Tatbestand knüpfen. Überdies würde § 1922 Abs. 1 BGB. den § 857 überflüssig machen, wenn der Besitz ein subjektives Recht wäre. Nach § 1922 Abs. 1 BGB. geht mit dem Erbfall das Vermögen einer Person als Ganzes auf den oder die Erben über. Unter den Begriff Vermögen fallen auch subjektive Rechte. Wäre der Besitz wirklich ein solches Recht, so wäre damit die Bedeutung des § 857 BGB. in Frage gestellt[3]). Zur weiteren Begründung des Vorher-

---

[1]) Damit soll aber nicht ein Vorwurf gegen die Formulierung der Besitzvorschriften, insbesondere § 854 BGB., ausgesprochen sein; im Gegenteil, sie konnten kaum richtiger gefaßt werden. Vgl. Regelsberger S. 235 und auch Binder III S. 55 Anm. 47.

[2]) So v. Liszt S. 21. Oertmann S. 1060. Windscheid-Kipp II S. 948. Bekker b. Bernhöft und Binder I S. 18. Endemann II 1 S. 131. Bartels in Gruchot Bd. 42 S. 649. Bunsen im Arch. f. bürg. R. Bd. 23 S. 85 (vgl. Jahrbuch d. Dtsch. R. II 1 S. 525) u. a. m. Auch Staudinger III S. 14. 40. 57 und Dernburg III S. 45 meinen, daß der Besitz für sich zwar kein Recht im juristischen Sinne sei, aber doch einem Rechte entspreche. Also doch ein Rechtsverhältnis!

[3]) Übereinstimmend Binder I S. 39. Auch § 865 i. V. m. § 93 BGB. ergeben, daß der Besitz kein Recht ist.

gehenden sei noch auf § 268 BGB. verwiesen, welcher ausdrücklich dem Rechte den Besitz gegenüberstellt. Wenn dagegen das Gesetz in § 858 die Besitzentziehung oder -störung als „widerrechtlich" bezeichnet, so soll damit nicht ein Urteil über das juristische Wesen des Besitzes selbst ausgesprochen sein, sondern vielmehr eine Wertung der Handlung durch das Gesetz. Die Auffassung des Besitzes als eines Rechts ist aber insofern berechtigt, als dem Besitz ein absoluter Rechtscharakter zukommt. Dies äußert sich z. B. darin, daß dem derzeitigen Besitzer nach § 771 Z. P. O. die Vollstreckungsinterventionsklage gegeben ist.

Der Besitz ist aber auch keine reine Tatsache im Sinne des Gesetzes; denn „gegenüber den Tatsachen ist es impotent" [1]). Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Besitz spricht, so liegt stets ein bestimmtes tatsächliches Herrschaftsverhältnis einer Person zu einer Sache zu Grunde. Diese Beziehung bekleidet das positive Recht mit gewissen rechtlichen Wirkungen, d. h. das Besitzverhältnis ist kein Recht an der Sache, aber ein Rechtsverhältnis. Dieser Ansicht war schon Papinianus in fr. 49,1 Dig. 41,1: possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Für das Bürgerliche Gesetzbuch muß sie als die richtige gelten [2]). Auch der größere Teil der Schriftsteller [3]) huldigt der Ansicht, daß das Besitzverhältnis ein rechtlicher Dauerzustand ist, welcher sich an die Tatsache des Besitzens knüpft. Etwas wesentlich anderes ist die Frage nach dem Recht zum Besitz, nach dem ius possidendi im römischrechtlichen Sinne. Expressis verbis findet sich dieser Ausdruck im Bürgerlichen Gesetzbuch nur beim Nießbrauch und analog beim dinglichen Wohnungsrecht: §§ 1036, 1093 Abs. 1. Dasselbe gilt aber stillschweigend für den Faustpfandgläubiger. In anderen Fällen, gerade bei obligatorisch Berechtigten, vermeidet das Gesetzbuch den Ausdruck „Recht zum Besitz". Es gewährt vielmehr z. B. dem Mieter ein Recht auf „Überlassung" der gemieteten Sache (§ 536 BGB.), dem Entleiher ein solches auf „Gestattung" (§ 598 BGB.). Der Unterschied liegt darin, daß diese letzteren (Mieter, Pächter, Ent-

[1]) Binder I S. 47.

[2]) Dasselbe enthält wohl auch der Ausdruck „Rechtsposition" (Motive III S. 111). Staudinger III S. 12. Oertmann S. 1060.

[3]) So u. a. Planck III S. 28. Oertmann S. 1060. Binder I S. 74 f. III S. 53. 54 Anm. 42. v. Mayr S. 134. Crome II S. 1020 und Anm. 47. III S. 16. Bauer S. 75 f. Isay S. 269. Jellinek, Allg. Staatslehre. Berlin 1900 S. 309. Dernburg III S. 84.

leiher) kein selbständiges Recht an der Sache bzw. an dem Gegenstande haben und sie diese nicht als ihnen gehörende, sondern als ihnen zum Besitz gebührende in Anspruch nehmen können. Man wird aber kein Bedenken haben, daß der Mieter mit dem Recht auf „Überlassung" zugleich ein Recht zum Besitz der Sache im Sinne des § 986 BGB. erlangt hat; denn der Zweck des Mietverhältnisses besteht in der Erlangung des Besitzes oder genauer gesagt: des im Besitzen sich äußernden Rechtes[1]).

Der § 289 StGB. schützt nicht jedes, sondern nur das rechtlich begründete und anerkannte Besitzverhältnis, jedoch nur in gewissen, im Gesetz festgelegten Fällen. Diese Vorschrift legt das Hauptgewicht auf die eine Seite des furtum possessionis, auf das furtum suae rei, bestraft allerdings auch den Dritten, der zugunsten des Eigentümers handelt. Zivilrechtlich betrachtet besteht für den ersten Fall (furtum suae rei) zwischen Beschädigtem und Täter eins der in § 868 BGB. aufgeführten Verhältnisse, d. h. der mittelbare Besitzer entzieht dem unmittelbaren Besitzer gesetzwidrig eine Sache. Anders im zweiten Fall der Besitzrechtsaneignung: hier nimmt ein Dritter, welcher in keinem gesetzlich anerkannten Verhältnis zur Sache steht, diese in rechtswidriger Absicht dem unmittelbaren Besitzer weg, wobei es gleichgültig ist, zu wessen Gunsten die Wegnahme erfolgt ist[2]).

Es wird nun im folgenden nachzuweisen sein, welche Folgen das Zivilrecht mit diesen Tatbeständen verbindet.

Ein im Besitzen einer Sache sich äußerndes Recht ist gesetzwidrig verletzt worden: so lautet der ins Zivilrecht übertragene Tatbestand der Besitzrechtsaneignung. Es ist selbstverständlich, daß dem Beschädigten die unmittelbaren Besitzesschutzklagen der §§ 858 ff. BGB. zustehen. Die Tendenz dieser Klagen besteht darin, den Besitz eines hierzu Berechtigten gegen widerrechtliche eigenmächtige Verletzungen künftighin zu schützen. Jeder, der Besitzer im Sinne des Gesetzbuches ist, hat den Besitzesschutzanspruch gegen jeden, der ersterem ohne dessen Willen die Ausübung der mit dem Besitz verbundenen Rechte widerrechtlich entzieht[3]). In diesen Worten ist ent-

[1]) So auch Wolff S. 153.

[2]) Die Frage, welche Rechte dem mittelbaren Besitzer gegen den Dritten zustehen, interessiert hier nicht.

[3]) Von einer Störung kann im Falle der Besitzrechts a n e i g n u n g keine Rede sein. Für den Text vgl. Regelsberger S. 267.

halten, daß derjenige keine verbotene Eigenmacht begeht, welchem das Gesetz die Besitzentziehung ausnahmsweise gestattet. Mit dem Besitzesschutzanspruch klagt der frühere Besitzer gegen den jetzigen, der die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat. Der Grund der Haftung ist also nicht die deliktische Handlung des Besitzentziehers, sondern der gegenwärtige Besitz der Sache[1]). Daher wird gegen den mit dem Besitzesschutzanspruch Belangten die Klage versagt werden, wenn er — selbst absichtlich — den Besitz der Sache aufgegeben hat[2]).

Die Besitzentziehungsklage anzustellen ist jeder berechtigt, der vorher unmittelbarer Besitzer der Sache war; denn diesem allein ist der Besitz entzogen. Nimmt nun der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger ohne seinen Willen gesetzwidrig die ihm (dem Pfandschuldner) gehörige, aber von ihm verpfändete Sache weg, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, gegen den Pfandschuldner die Klage aus §§ 858 ff. BGB. anzustrengen, aber immer nur für den Fall, daß letzterer die entzogene Sache tatsächlich besitzt[3]). Also auch im Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer steht diesem gegen jenen, nicht aber umgekehrt, der direkte Besitzesschutzanspruch zu[4]); denn die verbotene Eigenmacht des § 858 BGB. ist ein gesetzwidriges Handeln wider den Willen des unmittelbaren Besitzers. Nicht anders liegt der Fall, wenn ein zum Besitz nicht legitimierter Dritter dem Besitzberechtigten (unmittelbaren Besitzer) die Sache entzieht. Wie, wenn dieser Dritte etwa mit Erlaubnis oder gar auf Geheiß des Pfandschuldners dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache entzieht? Die Besitzesschutzklage wird sich gegen den richten, der die Sache tatsächlich besitzt. Verpfändet z. B. A. sein Pferd dem B. und nimmt der Knecht des A. das verpfändete Pferd mittelst verbotener Eigenmacht zugleich mit Zustimmung seines Dienstherrn dem B. weg und verwendet es wieder für A., so findet die Klage wegen Besitzentziehung gegen diesen statt. Der

[1]) Sofern er nur fehlerhaft im Sinne des Abs. 2 § 858 BGB. ist. Regelsberger S. 270.

[2]) Regelsberger eod. loc. Hatte der Beklagte vorher den Besitz nicht entzogen, war ihm etwa ein Hund zugelaufen, den er nach Ansichnahme wieder laufen ließ, so liegt der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht nicht vor.

[3]) Nur erwähnt, nicht ausgeführt werden kann die Frage, welche vertraglichen Rechte und Pflichten und demgemäß auch Klagen zwischen den Beteiligten bestehen. Es handelt sich hier nur um das Besitzverhältnis.

[4]) Staudinger III S. 65. Planck III S. 68. Dernburg III S. 76. 79.

ändern wir das Beispiel dahin, daß ein völlig fremder Dritter dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache entzieht, so haben sowohl dieser wie auch der Pfandschuldner (als mittelbarer Besitzer) den Besitzwiedererlangungsanspruch, der Pfandschuldner freilich nur unter den Voraussetzungen des § 869 BGB.

Nach bürgerlichem Recht ist zum Tatbestand der verbotenen Eigenmacht nur objektive, nicht auch subjektive Widerrechtlichkeit erforderlich. Der Irrtum des Täters über die Berechtigung zu seiner Handlungsweise ist hier unwesentlich[1]).

Ein verhältnismäßig großer Teil dieser Schrift beschäftigt sich mit dem furtum suae rei, mit dem Fall, in welchem ein Eigentümer seine eigene Sache dem zum Besitz derselben Berechtigten gesetzwidrig entzieht. Diese Überlegung bringt die Frage mit sich: dem Täter steht neben dem mittelbaren Besitz auch das Eigentumsrecht seiner z. B. mit einem Nießbrauch belasteten Sache zu, ist er dann nicht berechtigt, gegen die Besitzesschutzklage des Nießbrauchberechtigten die exceptio dominii geltend zu machen? Nehmen wir an, daß der Nießbrauchbesteller während der Dauer des Nießbrauchs die Sache dem Nießbraucher eigenmächtig wegnimmt. Hier dringt die Einrede (und Widerklage) aus dem Recht zum Besitz nicht durch. Trotz seines dinglichen Eigentumsrechts hat der Nießbrauchbesteller zur Zeit kein Recht zum Besitz. Das Eigentumsrecht muß also in diesem Falle dem im Besitz sich äußernden Nießbrauchsrecht weichen[2]). Wird das Beispiel dahin geändert, daß der Nießbrauchbesteller nach Erlöschen des Nießbrauchs gegen den Willen des Nießbrauchers diesem den Besitz entzieht, so kann jener der Besitzesschutzklage auch hier nicht wirksam die exceptio dominii entgegenstellen, er macht damit nur geltend, daß er ein Recht zur eigenmächtigen Besitzentziehung gehabt habe, allein gerade diese Eigenmacht gibt ihm das Gesetz nicht. Dem Nießbrauchbesteller steht nur der Weg des § 864 Abs. 2 BGB. offen. War der Nießbraucher mit der Besitzentziehung einverstanden, so kann der Nießbrauchbesteller einer späteren Besitzesschutzklage gegenüber behaupten, daß die Entziehung nicht verbotene Eigenmacht sei (§ 863 BGB.)[3]).

---

[1]) So auch Planck III S. 44. Dernburg III S. 72. Endemann I S. 1262 Anm. 23. Bartels S. 675.

[2]) Statt vieler Planck III S. 52.

[3]) Planck III S. 53.

Das Resultat ist, daß die petitorische Einrede bzw. Widerklage aus dem Besitzprozeß in der Regel ausgeschlossen, daß sie aber doch in den in den §§ 863 und 864 Abs. 2 BGB.[1]) vorgeschriebenen Fällen anwendbar ist.

Die Frist, innerhalb welcher der Besitzesschutzanspruch geltend zu machen ist, bestimmt § 864 Abs. 1 BGB. auf ein Jahr nach Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher dieser Anspruch im Klagewege geltend gemacht wird. Die Zeitbegrenzung hat den Charakter einer Präklusiv-, nicht einer Verjährungsfrist, was prozessual von Bedeutung ist. Die Verjährungsfrist wird nicht von Amts wegen berücksichtigt, dagegen muß beim befristeten Anspruch in dem Klagegrunde die Behauptung enthalten sein, daß der Berechtigte seinen Anspruch innerhalb der vorgeschriebenen Ausschlußfrist gerichtlich erhoben habe, d. h. ihr Ablauf ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

Dieser letzte Umstand hat viele[2]) zu der Meinung veranlaßt, daß das Gesetzbuch dem Besitz nur provisorischen Rechtsschutzcharakter verliehen habe und daß sein Wirkungskreis daher ein eng umschriebener sei. Mit Unrecht! Man sieht in dem Besitz nur eine Vorstufe zum Eigentum, betrachtet ihn aber nicht für sich. Bähr[3]) bemerkt einmal: „Es ist kein Zweifel, daß wir in dem Besitz einen weit größeren Schutz finden als in dem Eigentum.“ Der Schutzanspruch des Besitzes ist auf dem Verursachungsprinzip aufgebaut. Handelt also der Täter gutgläubig, vielleicht in der begreiflichen Meinung (z. B. als Pfandschuldner = mittelbarer Besitzer), seinen eigenen Besitz auszuüben, so macht er sich trotzdem verbotener Eigenmacht schuldig[4]). Ferner sind infolge der juristischen Konstruktion des Besitzes ihm gegenüber regelmäßig petitorische Einreden versagt. Wenn man aber den Besitzesschutz dahin einschränken will, daß die §§ 861 ff. BGB. die einzige Entschädigungsklage enthalten[5]), so ist dem zu widersprechen. Wie, wenn der Verpächter dem Pächter den Besitz der fruchttragenden Sache eigenmächtig entzogen hat? Wenn jener bis zur Anstrengung der possessorischen

---

[1]) § 864 Abs. 2 BGB. ist eine wirkliche Ausnahme von dem Satze, daß im possessorium keine petitorische Einrede zulässig ist, § 863 dagegen nur eine scheinbare. Vgl. hierzu insbesondere Planck III S. 53.
[2]) Zunächst die Motive III S. 78, dann die gemeine Ansicht.
[3]) Bähr, Zur Besitzlehre in Jher. Jahr. Bd. 26 S. 278 Anm. 54.
[4]) Regelsberger S. 268. Strohal S. 49. v. Mayr S. 137. Eccius S. 10.
[5]) Dieser Ansicht sind Wolff S. 154. 173 und Eccius S. 9 f.

Klage von seiten des Pächters die Früchte aberntet? Ist dann der Pächter mit der Wiedererlangung des Besitzes „entschädigt"? Oder wenn der dejizierende Verpächter sich absichtlich des Besitzes entäußert hat? Für diese Fälle dem unmittelbaren Besitzer weitergehende Ansprüche zu versagen, ist unbillig. Der Besitzesschutzanspruch wird damit nicht illusorisch. Es ist nicht richtig zu sagen: die §§ 861 ff. BGB. finden dann nur Anwendung, wenn dem Täter verbotene Eigenmacht, nicht auch Verschulden zur Last fällt[1]). Die objektive Haftung wegen verbotener Eigenmacht ist eine weitere, sie umfaßt in den meisten Fällen auch schuldhafte Eingriffe. Wenigstens ist die Frage nach dem subjektiven Verschulden des Täters aus dem Besitzesschutzanspruch gänzlich ausgeschlossen. Vielmehr muß man fragen: was dann, wenn dem Täter auch Verschulden zur Last fällt? Hat das Gesetzbuch für diesen Fall noch andere Besitzesschutzmittel? In richtiger Erkenntnis dessen hat das Reichsgericht einmal beiläufig bemerkt (Bd. 17 in Straff. S. 362), daß die Verletzung eines im Besitz sich äußernden Rechts nicht nur durch die Besitzesschutzklagen behoben werden könne. Es fragt sich nun, wie dem unmittelbaren Besitzer überhaupt und gegen den mittelbaren Besitzer ein weitergehender Schutz verschafft werden kann? Darüber im folgenden.

II. Indirekte Klagen.

Eine weit verbreitete Ansicht[2]) gewährt zum Schutze des unmittelbaren Besitzes die Klage aus dem früheren Besitz (§ 1007 BGB.), den Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB. und endlich die Klage wegen unerlaubter Handlung des § 823 BGB., und zwar immer in Verbindung mit der Besitzesschutzklage.

Zunächst die Klage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB.). Auch sie dient zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes und ist gerade bei beweglichen Sachen von Bedeutung. Mit dieser Klage erlangt der frühere gutgläubige (Abs. 3 § 1007 BGB.) Besitzer einer solchen Sache die Herausgabe derselben von dem gegenwärtigen schlechterberechtigten Besitzer. Sie stützt sich auf die Tatsache des früheren Besitzes mit dem Nachdruck auf die Besitzberechtigung[3]). Aktiv legitimiert zu derselben ist gerade so wie bei der

---

[1]) So Wolff S. 174.

[2]) So z. B. v. Mayr S. 167. Planck III S. 335 ff. Staudinger III S. 14. Dernburg III S. 384 ff.

[3]) Die Art und Weise des Besitzverlustes ist also gleichgültig. Hellwig S. 344 ff.

Besitzesschutzklage jeder frühere Besitzer. Die Klage aus § 1007 BGB. kann sowohl der unmittelbare wie auch der mittelbare Besitzer anstrengen, sie richtet sich im Regelfalle gegen den schlechterberechtigten, bösgläubigen Besitzer oder im Falle, daß die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, auch gegen den gegenwärtigen gutgläubigen Besitzer (Abs. 2 § 1007 BGB.). Beklagter ist also der gegenwärtige unmittelbare und mittelbare Besitzer[1]). Ist die Klage auf unfreiwilligen Besitzverlust begründet, so ist der gutgläubige, gegenwärtige Besitzer berechtigt, die exceptio dominii geltend zu machen. Dies trifft also dann zu, wenn der Pfandschuldner bona fide seine eigene verpfändete Sache dem Pfandgläubiger eigenmächtig wegnimmt. Soll die Vorschrift des § 1007 BGB. diesen Fall subsummieren, so muß der Kläger gegen die Eigentumseinwendung die Replik eines besseren Rechts[2]) zum Besitz haben, das durch den gültigen Bestand des Pfandrechts z. B. bedingt ist[3]). Die Klage aus früherem Besitz dient also in erster Linie zum Schutze des Besitzes, sie ist aber insofern petitorisch geartet, als im Falle des Abs. 2 des § 1007 BGB. dem gutgläubigen derzeitigen Besitzer die Einwendung des Eigentumsrechts gewährt ist. Sie ist deshalb aber noch keine „petitorische Besitzklage", das wäre eine contradictio in adiecto[4]).

Der Verbindung der Klage aus § 1007 BGB. mit der Besitzesschutzklage steht nichts im Wege[5]); jene gibt aber zeitlich als auch mit Rücksicht auf den Umfang der Haftung einen weitergehenden Schutz als diese. Die Klage aus früherem Besitz verjährt erst in 30 Jahren (§ 195 BGB.). Gemäß § 1007 Abs. 3 haftet der derzeitige Besitzer für die Beschädigung und die etwaigen Nutzungen der Sache nach den Vorschriften über die Eigentumsklage, er kann also eventuell auch Gegenansprüche wegen Verwendungen auf die Sache geltend machen (§§ 994 ff. BGB.)[6]).

---

[1]) Gierke S. 53 ff. Planck III S. 337.

[2]) Das Fundament der Klage ist ja die Verfolgung des Rechts zum Besitzen.

[3]) Arg. § 1007 Abs. 3 i. V. mit § 986 BGB. Außerdem Gierke S. 62. Anders Planck III S. 338.

[4]) A. A. Staudinger III S. 14. 40. Dernburg III S. 386.

[5]) v. Mayr S. 167. Planck III S. 339. Dernburg III S. 88. Abweichend Staudinger III S. 475.

[6]) Planck III S. 339.

Ist der Besitz als solcher auch Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (§ 812 BGB.)[1]? Zweifellos! Der Entwurf, welcher dies ausdrücklich bestimmte, ist nicht Gesetz geworden, weil die genügend weite Fassung des § 812 es entbehrlich machte. Wir begegnen hier derselben condictio possessionis nur in veränderter Gestalt, wie wir sie schon für diesen Fall im römischen Recht angewendet fanden[2]).

Der Besitz kann natürlich nur dann durch § 812 BGB. geschützt sein, wenn die sämtlichen Voraussetzungen des allgemeinen Bereicherungsanspruchs gegeben sind. Es handelt sich bei den Kondiktionen um die Rückforderung eines zu Unrecht innegehabten Gegenstandes; aber immer nur zwischen bestimmten Personen[3]). Im Falle des Besitzbereicherungsanspruchs bildet den Grund und Gegenstand der Bereicherung der Besitz des Beklagten. Er ist auf jeden Fall des Besitzerwerbes anwendbar und steht jedem Kläger gegen jeden Beklagten zu, vorausgesetzt, daß dieser auf jenes Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Die condictio possessionis hat geradeso wie die Besitzesschutzklage Besitzverlust zur Voraussetzung und bezweckt Wiedererlangung desselben; sie ist aber kein possessorisches Schutzmittel, da sie nur dem gegeben wird, der ein Recht auf den Besitz hat[4]). Besitzesschutzanspruch und Besitzbereicherungsanspruch sind also nicht dasselbe; bei ersterem ist der Besitz der Grund des Schutzes des unmittelbaren Besitzers gegen verbotene Eigenmacht, bei letzterem ist der Besitz der Gegenstand, welcher gefordert wird, weil er rechtlos in das Vermögen eines anderen übergegangen ist[5]).

Man wird Bedenken haben, ob die condictio possessionis des § 812 BGB. überhaupt im Falle des furtum possessionis Anwendung finden kann. Es sei als Beispiel das furtum suae rei gewählt. Zunächst ist zu erinnern, daß die condictio possessionis nicht nur dem Eigentümer, sondern auch gegen ihn jedem gewesenen Besitzer zusteht[6]). Dasselbe ist schon für das römische Recht an-

[1]) Vgl. insbesondere v. Mayr S. 130 ff. Oertmann S. 1019. Bruns, Besitzklagen S. 199 f. Jung S. 42. Motive II S. 830. Crome II S. 981. Endemann II. 1. S. 133 Anm. 27.
[2]) Vgl. oben S. 62 ff.
[3]) Hierzu Schulz S. 480.
[4]) U. a. v. Mayr S. 166. 174.
[5]) Bruns, Besitzklagen S. 188. v. Mayr S. 135.
[6]) v. Mayr S. 158.

zunehmen[1]). Dann ist auch diese Art des Besitzverlustes, wie bereits betont, durch § 812 des BGB. geschützt; aber nicht für den Fall, daß sie mittelst verbotener Eigenmacht erfolgt ist[2]). Der Besitzbereicherungsanspruch verfolgt weitergehende Zwecke. Hat also der Pfandschuldner zufällig den Besitz seiner verpfändeten Sache erlangt und behält er sie in Kenntnis des an derselben bestehenden Pfandrechts, so kann der Pfandgläubiger gegen den Pfandschuldner die condictio possessionis anstrengen. Hat aber nicht der Beklagte die petitorische Einrede, welche bei den Bereicherungsansprüchen im allgemeinen zulässig ist[3])? In unserem Beispiel sicherlich nicht: denn die petitorische Einrede dringt nur dann gegen einen Anspruch aus § 812 BGB. durch, wenn sie die klägerische Behauptung widerlegt, daß Beklagter ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Klägers etwas erlangt hat. Da aber dieser Beklagte diesem Kläger gegenüber auf Grund des Pfandvertrages verpflichtet ist, letzterem den Besitz der Pfandsache zu übertragen, so geht das im Besitz sich äußernde Pfandrecht dem Eigentumsrecht vor.

Mit dem Besitzbereicherungsanspruch erlangt der Kläger Herausgabe des Besitzes und der etwa aus ihm gezogenen Nutzungen, ist dies nicht möglich, auch dasjenige, was der Beklagte als Ersatz für die Entziehung oder Zerstörung der einem fremden Besitzberechtigten zustehenden Sache erwirbt (§ 818 Abs. 1 BGB.). Überdies ist die Geltendmachung des Besitzbereicherungsanspruchs nicht an die kurze Frist von einem Jahre gebunden, für ihn gilt die gewöhnliche Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Von besonderem Interesse ist die letzte Frage, nämlich die: wird der Besitz auch durch § 823 BGB. geschützt[4])? Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[5]) und das Reichsgericht haben dies bejaht, dagegen erklären sich nur Wolff und Eccius[6]). Die Einengung des Besitzesschutzes auf die direkten Besitzesschutzklagen der §§ 861 ff. BGB. erscheint irrationell. Wenn in der zweiten

[1]) S. oben S. 65 ff.
[2]) Oertmann S. 1020. v. Mayr S. 174 f. 176.
[3]) Oertmann S. 1019.
[4]) Für das folgende vgl. besonders Oertmann S. 1060 ff. Bauer S. 75 ff.
[5]) Endemann II. 1. S. 133 Anm. 26. I S. 1262 Anm. 23. Staudinger II S. 1596. v. Liszt S. 21. Dernburg II. 2. S. 701. Planck II S. 973 u. a. m. RG. Bd. 59 S. 327 f. Auch OLG. Dresden in Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906 S. 39 (vgl. Jahrb. d. Dtsch. R. 5 S. 378).
[6]) Wolff S. 174. Eccius S. 9.

Kommission[1]) für die Gesetzesberatung der Antrag, den Besitz in die Reihe der Rechtsgüter des § 823 BGB. aufzunehmen, abgelehnt worden ist, da der Besitz durch die für ihn besonders gestalteten Besitzesschutzklagen hinreichend geschützt sei, so ist das nicht zutreffend. Die Besitzesschutzklagen sollen nicht alle Folgen der eigenmächtigen Besitzentziehung decken, das liegt in ihrer juristischen Konstruktion bedingt. Man wird vielleicht einwenden: mit der Klage aus den §§ 861 ff. BGB. erlangt der dejizierte Besitzer alles, was er als solcher erlangen kann: nämlich Wiederherstellung des früheren Zustandes. Und eine Zerstörung oder ein Beiseiteschaffen des Besitzgegenstandes nach der Besitzentziehung bleibt doch immer eine Besitzentziehung. Gewiß! Nur erlangt der Kläger in diesem Falle nicht das wieder, was er verloren hat. Das Gesetzbuch ist kein dogmatisches Lehrbuch, es kann nicht derart die Besitzesschutzmöglichkeiten eingeschränkt haben. Es ist die Tendenz der Gesetze, dem Geschädigten möglichst viele Schutzmittel zu gewähren.

Der Besitz als solcher wird also durch § 823 BGB. geschützt. Sogleich erhebt sich die Zweifelsfrage: fällt der Besitz unter Abs. 1 oder Abs. 2 des § 823 BGB.? Nach den vorher gegebenen Erörterungen über das juristische Wesen des Besitzes hat man sich für die zweite Alternative zu entscheiden[2]). Der Abs. 1 bestimmt zwar, daß neben anderen Rechtsgütern auch das Eigentum oder ein sonstiges Recht bei widerrechtlicher Verletzung schadensersatzberechtigt seien. Der Ausdruck „sonstiges Recht" steht aber nach Meinung der meisten mit dem Eigentum in Verbindung und umfaßt daher nur gewisse Persönlichkeitsrechte und absolute Rechte. Nun trifft es zu, daß der Besitz in mancher Hinsicht einen absoluten Rechtscharakter aufweist; er ist aber nach dem Gesetzbuch kein vollwertiges dingliches Recht, sondern nur ein Rechtsverhältnis, eine rechtliche Position. Daher fällt der Besitzesschutz unter Abs. 2 des § 823 BGB. Der Streit ist übrigens ein rein doktrinärer; praktisch ist es ohne Unterschied, ob der Besitz den Schutz des Abs. 1 oder des Abs. 2 § 823 BGB. genießt[3]).

[1]) S. darüber Motive III S. 110 und Planck II S. 973.

[2]) So auch Planck II S. 973. A. A. die gemeine Meinung vgl. Anm. 2 zu S. 79. Auch RG. (7. Senat) in Gruchot Bd. 50 Beilageheft S. 968. OLG. Hamburg in Rechtspr. d. OLG. Bd. 20 S. 281. OLG. Posen im Recht 1905 S. 134. RG. (5. Senat) in Entsch. Bd. 59 S. 328 läßt die Frage offen. Für den Text noch OLG. Kiel im Schleswig-Holsteinischen Anzeig. 1906 S. 197 (vgl. Jahrb. d. Dtsch. R. 5 S. 331).

[3]) Da die Folgen dieselben sind.

Die Klage wegen unerlaubter Handlung setzt einen schuldhaften rechtswidrigen Eingriff, der in ursächlichem Zusammenhange einen Vermögensschaden zur Folge hat, voraus. Der Eingriff erfolgt hier in den Besitz, dieser ist durch die §§ 858 ff. BGB. besonders geschützt[1]. Der Inhalt dieser Vorschriften bedingt auch den Schutz aus § 823 Abs. 2 BGB. Die eigenmächtige Besitzesaneignung bezeichnet das Gesetz als „widerrechtlich" und verbietet damit die Entziehung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers. Über den Begriff des Schutzgesetzes in § 823 BGB. herrscht zwar noch ein unausgetragener Streit, allein so viel erscheint daran richtig, daß nicht nur Strafgesetze darunter fallen, daß auch andere Gesetze den Schutz des einzelnen und damit den der Gesamtheit bezwecken. Der Besitz ist ebenso wie das Eigentum oder ein sonstiges Recht für die Gesetzgebung ein Wertfaktor, dessen ungestörte Erhaltung entsprechend gesichert sein muß[2].

Der Eingriff in den Besitz oder präziser gesagt, in das im Besitz sich äußernde Recht, ist an sich noch keine unerlaubte Handlung[3]. Er wird es erst, wenn dem Täter kein eigenes Recht zusteht, die Handlung vornehmen zu können. Objektiv widerrechtlich ist auch die Besitzrechtsaneignung (§ 858 BGB.). Aber schadensersatzpflichtig wird der Handelnde nach § 823 erst dann, wenn der Eingriff auch schuldhaft vorgenommen ist. Für den Regelfall reichen Vorsatz oder Fahrlässigkeit aus[4]. Obwohl zum Tatbestand der eigenmächtigen Besitzesaneignung keine subjektive Widerrechtlichkeit gehört, so tritt doch gemäß § 823 Abs. 2 Satz 2 die Ersatzpflicht des Täters nur im

[1]) Es gibt noch einen zweiten Weg. Der § 289 StGB. beschützt den rechtlich anerkannten Besitz und damit das in ihm sich äußernde Recht (s. oben S. 74 ff.) in gewissen Fällen. § 289 StGB. ist demnach ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.: denn Tendenz des § 289 StGB. ist es, zunächst dem Individuum den vom Recht anerkannten Besitz sicherzustellen, um damit zugleich dem Schutze der Allgemeinheit zu dienen (vgl. J. W. 1910 S. 940). Für die Folgen sind die Ausführungen des Textes dieselben.

[2]) Protokolle Bd. II S. 572. Planck II S. 984. v. Liszt S. 33 ff. Endemann I S. 1263 ff. Cohn, Unters. z. § 254 d. B. G. in Gruchot Bd. 43 S. 391.

[3]) Motive II S. 726 ff. Wenl S. 365. RG. Bd. 50 S. 66. Die Voraussetzungen des Abs. 2 § 823 sind dieselben wie die des Abs. 1 § 823 BGB.

[4]) Sache des Klägers ist es, eins oder das andere auf seiten des Täters nachzuweisen. Motive II S. 729. Staudinger II S. 1605. Wendet man den § 289 StGB. als Schutzgesetz an (s. oben Anm. 1), so ist eine Ersatzpflicht des Täters nur dann begründet, wenn er bewußt und gewollt rechtswidrig dem Besitzberechtigten die Sache wegnimmt. Das folgt aus dem Inhalt des Schutzgesetzes.

Falle des Verschuldens ein. Hat also der Pfandschuldner oder ein beliebiger Dritter bewußt und gewollt dem Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache widerrechtlich entzogen oder hätte der Täter bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraussehen müssen, daß seine widerrechtliche Handlung gegen ein den Schutz des Pfandgläubigers als Besitzer bezweckendes Gesetz verstoßen wird, so haftet er außer auf Grund anderer Bestimmungen — welche dies sind, ist im vorhergehenden erörtert — auch aus der unerlaubten Handlung. Ein Verschulden liegt nicht vor, wie der Entwurf I noch ausdrücklich, aber überflüssig bestimmte, wenn der Handelnde in entschuldbarem Irrtum[1]) gegen das Schutzgesetz verstoßen hat, wenn etwa der Pfandschuldner in entschuldbar irriger Auffassung der Tragweite seines Eigentumsrechts dem Pfandgläubiger rechtswidrig den Besitz der verpfändeten Sache entzieht. Insofern ist also der Schutz des im Besitz sich kundgebenden Rechts enger. Der entschuldbare Irrtum des Täters, d. h. demnach ein solcher, der bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt denkbar und möglich ist, schützt im Falle der possessorischen Klage oder der condictio possessionis den Täter dagegen nicht. Zum Tatbestand des § 823 BGB. ist es aber auf der anderen Seite nicht erforderlich, daß der eingetretene Schaden vorauszusehen war[2]). Immerhin muß aber zwischen ihm und der unerlaubten Handlung das Verhältnis von Wirkung zur Ursache bestehen. Das gilt für alle diejenigen Fälle, in welchen die Ersatzpflicht des Täters nicht gesetzlich oder vertraglich, sondern erst durch seinen Eingriff in den Kreis der Rechte einer anderen Person begründet wird. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, in eine Würdigung der vielen und bedeutenden Kausalitätstheorien einzutreten. Es genügt, daß wir uns für folgendes entscheiden. Nicht jede Bedingung ist Ursache eines Erfolgs, sondern nur diejenige, welche ihn nach natürlichem und regelmäßigem Lauf der Dinge herbeizuführen vermag[3]). Der Erfolg ist in diesem Falle der entstandene Vermögensschaden.

Demnach hat also der Täter, wenn er mit der Klage aus unerlaubter Handlung belangt wird, dem Geschädigten den durch

---

[1]) Vgl. Oertmann, Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht im Bl. f. RA. Bd. 67 S. 45 ff.

[2]) v. Liszt S. 25. 28. Dernburg II. 2. S. 704.

[3]) Sog. adäquate Kausalitätstheorie. Vgl. Staudinger II. 2. S. 1606. S. auch BGB., Kommentar von Reichsgerichtsräten. Nürnberg und Leipzig I S. 639 über die Ansichten des Reichsgerichts.

die Handlung verursachten Schaden zu ersetzen. Dieser Anspruch ist ein rein privatrechtlicher und trägt nicht etwa den Charakter einer Privatstrafe. Mit der Besitzesschutzklage erlangt der Besitzberechtigte nur seinen Besitz zurück, nichts weiter; mit der Klage aus § 1007 BGB. und mit der condictio possessionis daneben noch etwaige Nutzungen; der Anspruch des § 823 BGB. geht nur auf Schadensersatz. Für ihn sind aber die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB. als Maßstab anzuwenden. Danach ist der Täter in erster Linie zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet, er hat also dem klagenden Besitzberechtigten zunächst wieder den Besitz der Sache zu verschaffen, erst wenn der Beklagte hierzu nicht in der Lage ist, und wenn für die Zukunft[1]) der Zustand vor dem rechtswidrigen Eingriff objektiv nicht wiederherzustellen ist, tritt gemäß § 251 BGB. an Stelle der Naturalrestitution eine Geldentschädigung. Auch hier, wo es sich um den Besitz handelt, wird die Abschätzung desselben keine Schwierigkeiten machen. Wenn man berücksichtigt, daß in der Regel im Besitz sich ein bestimmtes Recht äußert, so kann man das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis als Wertmesser für die Schadensersatzpflicht aus § 823 BGB. in Anwendung bringen. Außerdem hilft hierbei das freie richterliche Ermessen (§ 287 Z. P. O.)[2]).

Die Gewährung der Klage aus unerlaubter Handlung an den Besitzberechtigten bedeutet für diesen insofern einen praktischen Vorteil gegenüber der Besitzesschutzklage, als sie erst in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Geschädigte von dem Schaden und der Person des Täters Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis erst in 30 Jahren seit Begehung der Handlung verjährt[3]). Für die Klage aus § 1007 BGB. und für die condictio possessionis des § 812 BGB. gilt zwar die gewöhnliche dreißigjährige Verjährungsfrist, allein der Besitzbereicherungsanspruch wird doch in unserem Falle verhältnismäßig selten zur Anwendung kommen können, während die Klage aus dem früheren besser berechtigten Besitz erfolgreich mit derjenigen aus der unerlaubten Handlung konkurrieren wird.

---

[1]) Nicht rückwärts, denn Geschehenes läßt sich nicht aus der Welt schaffen!

[2]) Oertmann S. 1060. Bunsen S. 90.

[3]) Die Frist des § 864 schließt also die des § 852 BGB. nicht aus. So auch OLG. Dresden im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906 S. 39 (vgl. Jahrb. d. Dtsch. R. 5 S. 378), RG. in J. W. 1906 S. 737 und Staudinger III S. 40 f.

Der Schutz des Besitzes durch § 823 BGB. hat aber noch eine bedeutsame Folge, und zwar für diejenigen, deren Besitz sich auf ein obligatorisches Recht stützt, wie etwa für den Mieter und den Pächter[1]). Sofern ihnen die Sache überlassen ist, „entwächst — wie das Reichsgericht Bd. 59 S. 328 sagt — das Recht des Mieters dem reinen Obligationenrechte" und ist nun von jedermann zu respektieren. Wenn sie ihren Klageanspruch nicht auf das obligatorische Miet- oder Pachtrecht stützen, sondern auf das im Besitz sich äußernde Recht, so muß ihnen der Schutz des § 823 BGB. zugebilligt werden, insbesondere wenn der Täter nicht der Schuldner-Eigentümer, sondern ein beliebiger Dritter ist[2]). Das obligatorische Recht und das Besitzrecht — wie wir es kurz nennen wollen — sind aber nur Äußerungsformen desselben Rechts, deshalb sei hier andeutungsweise bemerkt, daß die herrschende Ansicht[3]), der rechtswidrige Eingriff in obligatorische Rechte könne nicht nach den §§ 823 ff. BGB. schadensersatzpflichtig machen, in den meisten Fällen auf ein praktisch leeres Resultat hinausläuft, nämlich dann, wenn der Kläger sich an Stelle der sich aus dem Miet- oder Pachtvertrage ergebenden Rechte auf sein im Besitz sich kundgebendes Recht stützt. Diese durchaus nicht unerwünschte Konsequenz findet ihren Grund in der Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches nicht doktrinär eingeschnürte, sondern elastische Vorschriften enthält, so daß oft der Wirkungskreis des einen Rechtsinstituts in den eines anderen hinübergreift.

---

[1]) Vgl. dazu Oertmann S. 1060.
[2]) A. A. Eccius S. 9.
[3]) S. darüber Dernburg II. 2 S. 701 f. Staudinger II S. 1598. Planck II S. 973.



